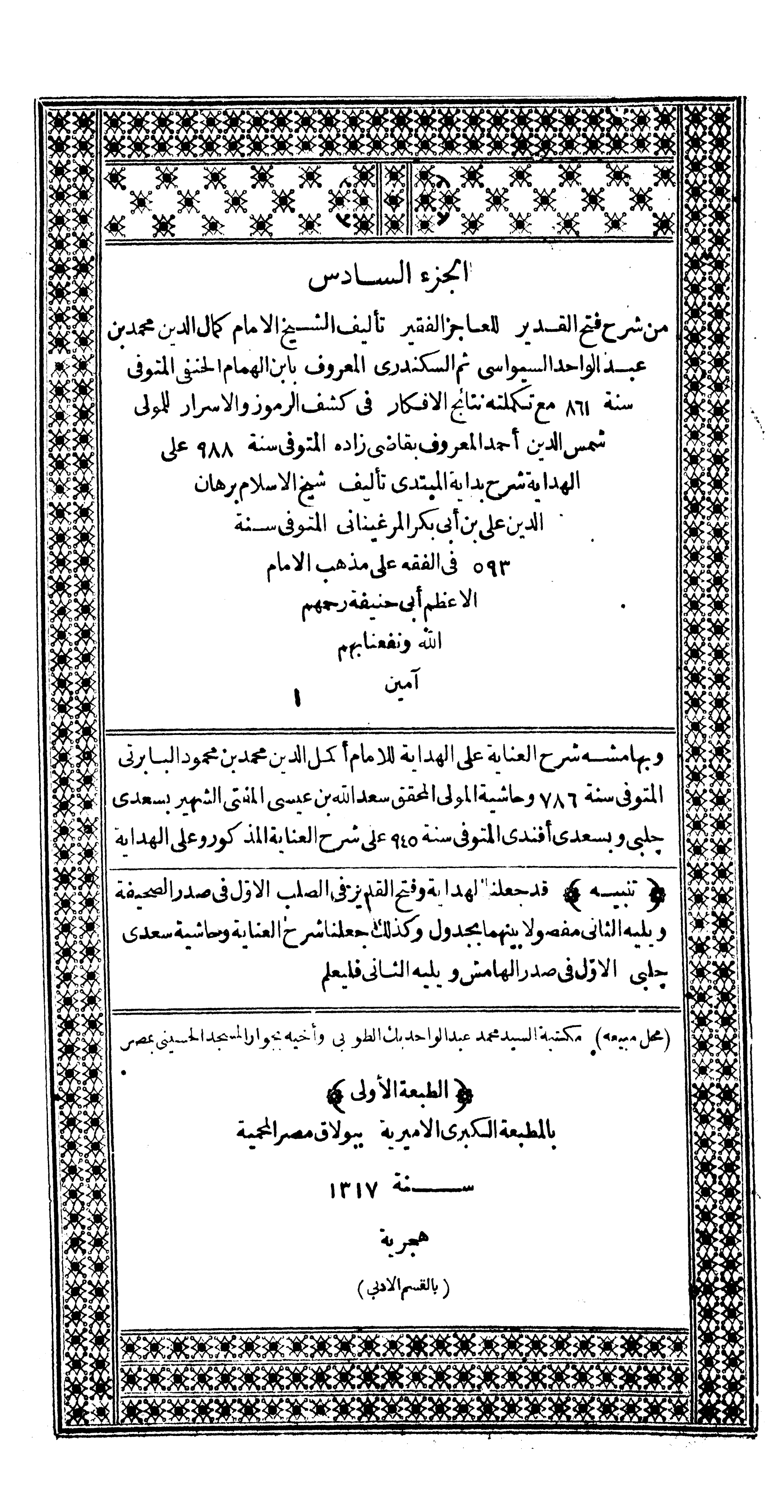


الجزء السادس

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن
عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى
سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى
شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على
الهداية شرح بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام برهان
الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة
٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

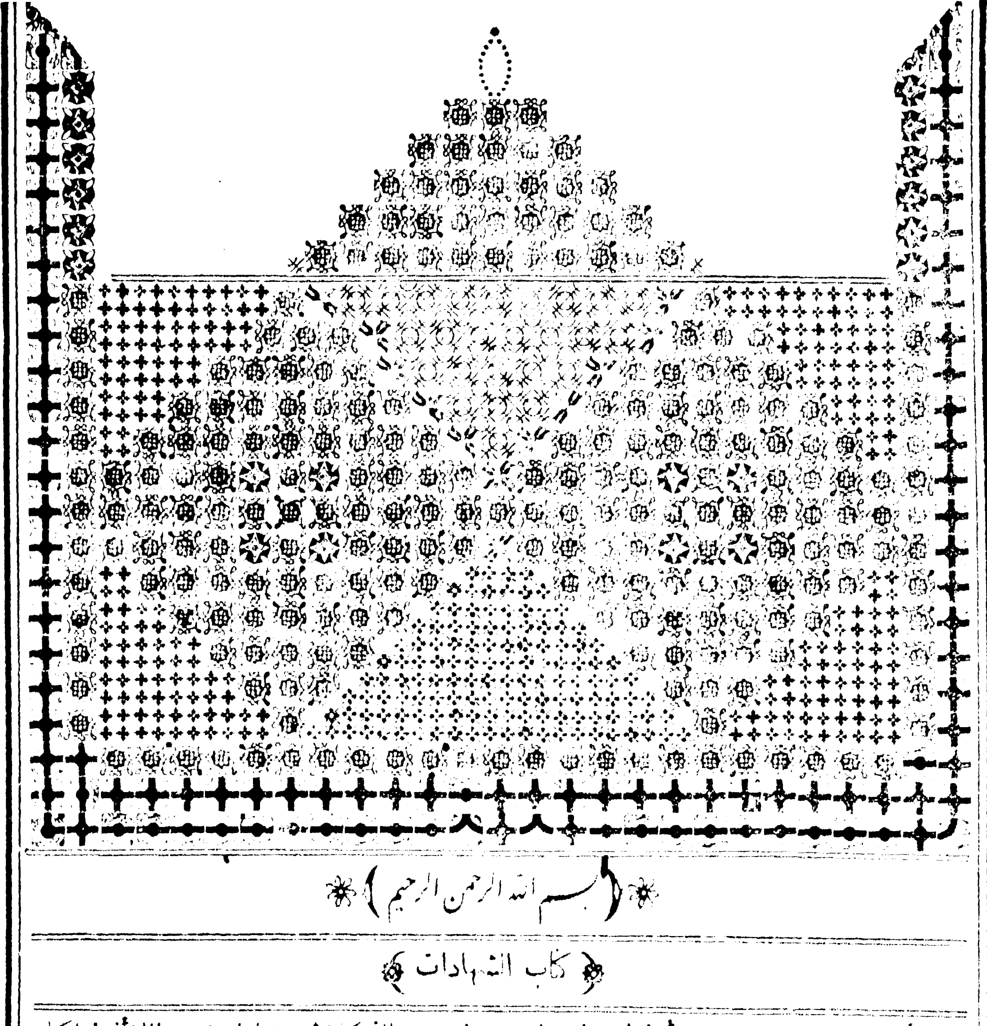
١

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي
جلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿ تنبيه ﴾ قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الاول في صدر الصحيفة
ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي
جلبي الاول في صدر الهامش ويليه الثاني فليعلم

(محل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبي وأخيه بجوار المسجد الحسيني بمصر

﴿ الطبعة الأولى ﴾
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٧
هجرية
(بالقسم الادبي)



﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿كتاب الشهادات﴾

يناد رأن تقديمها على القضاء أولى لان القضاء مرقوف عليها اذ كان ثبوت الحق بها الا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقدمة المقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين أصل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يأبى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظائره من الكتاب والسنة كثيرة وسببية الطلب ثبتت بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو أن سببية الطلب انما ثبتت كي لا يفوت

﴿كتاب الشهادات﴾

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق أنها مأمور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشئ عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها

﴿كتاب الشهادات﴾

(قوله اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود) أقول لا يقال فيلزم أن يقدم على أدب القاضي لان المقاصد تقدم على الوسائل مع أن المحتاج هو القاضي فيلزم تحققه أولا واليه تشير عبارة الشارح (قوله ومن محاسن الشهادة بالحق الخ) أقول أي ومن معرفات حسنه ويؤيده قوله فلا بد من حسنه والا فكون الحسن عبارة عن نفس كونه مأمورا به مذهب الاشعري ولا ترتضيه الحنفية (قوله فلا بد من حسنه) أقول ذكر ضمير الشهادة باعتبار أنها مأمور بها (قوله بصحة الشئ) أقول أي بثبوته (قوله انها مشتقة من المشاهدة) أقول بالاشتقاق الكبير (قوله وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق) أقول فاطلاق الشهادة على الزور مجاز من قبيل اطلاق البيع على بيع الحر واطلاق اليمين على الغموس وقد مر في الايمان (قوله فالاخبار كالجنس يشملها) أقول ويشمل سائر الاخبار الصادقة (قوله وسبب تحملها) أقول تحمل الشهادة التي هي الاخبار مبني على الكلام النفسي والشهادة تطلق على ما يتحمل بالاشتراك اللفظي

معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب أدائها اما طلب المدعى منه الشهادة أو خوف فوت حق المدعى اذا لم يعلم المدعى كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعى والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضى ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة ليترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة قال (الشهادة فرض تلزم الشهود الخ) أداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتمانها أكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده وشرط مطالبة المدعى تحقيقا لسبب الاداء على ما مر واستدل بقوله تعالى (ولا يأبى الشهداء اذا مادعوا) أى ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها وسموا شهداء باعتبار ما تؤول اليه وهو بظاهره يدل على النهى عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وهو بظاهره يدل على النهى عن كتمانها على وجه المبالغة والنهى عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان الاعلان ثابتا وهو يساوى الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء ومالم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا قال في النهاية النهى عن الشئ لا يكون أمرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد وأما اذا كان فهو أمر به كالنهى عن الكتمان عما في الارحام فانه أمر بضده

﴿ كتاب الشهادات ﴾

(قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعى) لقوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا مادعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه

يفوت الحق (قوله الشهادة فرض) يعنى أداؤها بعد التحمل فانها تقال للتحمل كما يقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوغا للاطلاق في قصد التحمل فيكون معتبرا مشتركا لفظيا عند عرف أهل المتكلم وافتراض الاداء الا في الحدود مجمع عليه وقوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا مادعوا يحتمل أن يراد النهى عن الاباء عن التحمل اذا دعى اليه ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهى لكراهة الاباء عن التحمل كراهة تنزيه ومرجعها خلاف الاولى لان التحمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه أولى ويحتمل أن يراد نهى مسمى الشهداء عن الاباء وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهى من اتصف بالشهادة حقيقة عن الاباء اذا دعى ولا اتصاف قبل الدعاء الا بالتحمل فيلزم كون النهى عن اباء الاداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ والاداء المفروض لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتحمل أن يذهب اذا دعى الى الحاكم للاداء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضى فيكون الاظهار للقاضى وهو الاداء فرضا عليهم لانه الضد الذى لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الذى هو الكتمان الا به ثم أكد سبحانه التحريم المفاد بالنهى بقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو تأكيد في تأكيد لان قوله تعالى فانه آثم تأكيد واضافة الاثم الى القلب الذى هو أشرف أعضاء البدن ورئيسها تأكيد في تأكيد ولانه هو محل الكتمان فهو محل المعصية بتمامها هنا بخلاف سائر المعاصى التى تتعلق بالاعضاء الظاهرة فانها وان كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو الهم المتصل بالفعل فليس هو محلا لتمامها قالوا يلزم اذا كان مجلس

(قوله معاينة ما يتحملها له) اقول أى لاثباته (قوله وسبب أدائها) أقول الظاهر أن المراد سبب وجوب أدائها (قوله اذا لم يعلم المدعى كونه شاهدا) أقول والحال انه لو لم يشهد يفوت حق المدعى (قوله والقدرة على التمييز الخ) أقول يعنى التمييز بالبصر (قال المصنف الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعى) أقول الظاهر أن الواو ليست في محلها لكمال الاتصال بين الجملتين فان الثانية تأكيد للاولى الا اذا جعل قوله اذا طالبهم قيدا للثانية فقط فتأمل (قوله واستدل بقوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا مادعوا أى ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها) أقول الاستدلال بالآية الكريمة على المطلوب موقوف على أن يكون المراد اذا دعوا ليقيموا الشهادة فلا وجه لقوله أو ليتحملوها في هذا المقام بل الوجه أن يقال لا ليتحملوها لانهم قبل التحمل ليسوا بشهداء ولا ضرورة تدعونا الى ارتكاب المجاز (قوله وسموا شهداء باعتبار ما يؤول اليه) أقول أى على الاحتمال الثانى (قوله يدل على النهى عن كتمانها على وجه المبالغة) أقول حيث أكد النهى بتأكيد بعد تأكيد وهو قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه ألا يرى الى نسبة الاثم الى الكاتم ثم الى قلبه الذى هو أشرف أعضائه اذا فسد فسد جميع الجسد (قوله والنهى عن أحد النقيضين الخ) أقول وأخصر منه أن يقال النهى عن أحد النقيضين يستلزم امتناعه شرعا فيجب النقيض الآخر (قوله كان الاعلان ثابتا) أقول وفي معراج الدراية النهى عن الشئ يكون أمرا بضده اذا كان له ضد مقصود بأمر آخر وههنا كذلك لان الاداء منصوص بقوله تعالى وأقيموا الشهادة (قوله ومالم يجب لا يثبت) أقول أى لا يلزم ثبوته فيجوز ارتفاع النقيضين

وليس بالصحيح من المذهب لما عرف فى أصول الفقه (وانما يشترط طلب المدعى لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق) ونوقض بما اذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعى و يعلم الشاهد أنه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان فى معناه فالحق به لا يقال قدمر آنفا أن طلب المدعى سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ماذكره المصنف بقوله وانما يشترط طلب المدعى فانه يدل على أن طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعى فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ فان قلت أما نجعله شرطا وقوله تعالى ولا يأبى الشهداء ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس قال (والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار الخ) الشاهد فى الحدود مخير بين أن يستر وأن يظهر لانه مخير بين أن يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد وبين أن يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله والستر أفضل نقلا وعقلا أما الاول فقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمى لو سترته بثوبك وفى رواية بردائك لكان خيرا لك وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وماروى (٤) من تلقين الدرء عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم فان فيها دلالة ظاهرة على أفضلية الستر قيل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد وأجيب بأن الآية محمولة على المداينة لنزولها فيها ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق أن يقال القدر المشترك فيما نقل عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه فى الستر والدرء متواتر فى المعنى فجازت الزيادة به وقيل ان الخبر الاول ورد فى ماعز وحكايته مشهورة يجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر وأما الثانى فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج الى الاموال والله تعالى غنى عن العالمين وليس ثمة خوف فوات ان

وانما يشترط طلب المدعى لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق (والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار)

القاضى قريبا فان كان بعيدا فعن نصران كان بحال يمكنه الرجوع الى أهله فى يومه يجب لانه لا ضرر عليه ولو كان شيخا لا يقدر على المشى فأركبه الطالب لا بأس به وعن أبى سلمين فيمن أخرج الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم حمرا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهى اكرام الشهود وهو مأمور به وفصل فى النوازل بين كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشى ولا يجد ما يستأجر به دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ولو وضع للشهود طعاما فأكلوا ان كان مهيأ قبل ذلك تقبل وان صنعه لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيهما وعن أبى يوسف رحمه الله تقبل فيهما وهو الاوجه للعادة الجارية باطعام من حل محل الانسان ممن يعز عليه شاهدا أولا ويؤنسه ما تقدم من أن الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضى حاجته عند الامير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير وعند الفقيه أبى بكر فيمن لا يعرفه القاضى ان علم أن القاضى لا يقبله نرجو أن يسعه أن لا يشهد وفى العيون ان كان فى الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه أن يمتنع وان لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا دعى فأخر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن انه لاستجلاب الاجرة انتهى والوجه أن تقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره (قوله والشهادة فى الحدود) أى الاداء فى الحدود يخير فيها بين الاداء والترك لان النهى فى القران وان كان عاما لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر فمن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك كذا ذكره المصنف والمعروف فى الحديث

(قوله وليس بالصحيح من المذهب) أقول بل هو الصحيح من المذهب على ما صححه فى التوضيح وغيره قال الشيخ الامام سراج الدين الهندوانى فى شرح المغنى أما النهى عن الشئ فأمر بضده اذا كان له ضد واحد باتفاقهم كالنهى عن الكفر يكون أمرا بالايمان وان كان له اضداد ففيه الخلاف انتهى (قوله على أن طلبه شرط وهو غير السبب) أقول ولك أن تقول أطلق الشرط على السبب مجازا (قوله لان معنى كلامه الى قوله فلا مخالفة حينئذ) أقول فيه بحث فان سببية الشئ للشئ لا يكون الا بعد وجود الشئ الاول فالوجود داخل فى جملة السبب ولهذا لم يعد العقلاء وجودات العلل عللا أخرى فافهم (قوله قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره) أقول الاول مسلم والثانى ليس كذلك قال فى التوضيح فى تعريف الحكم الخطاب نوعان اما تكليفى وهو المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير واما وضعى وهو الخطاب بان هذا سبب ذلك أو شرط ذلك كالدلوك سبب الصلاة والوضوء شرط لها (قوله ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ) أقول العموم مسلم لجواز أن يكون اللام للعهد أى شهداء الديون (قوله وقيل ان الخبر الاول ورد فى ماعز) أقول اذا كان واردا فى حكاية ماعز ولم يثبت زناه بالشهادة فلا يصح قوله للذى شهد عنده فتأمل (قوله لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الواحد فيها بالستر) أقول الظاهر أن يقال لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر (قوله والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج) أقول التخصيص اضافى

لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقى عن الهتك (والستر أفضل) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد عنده لوسترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبى عليه السلام وأصحابه رضى الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر (الا أنه يجب أن يشهد بالمال فى السرقة فيقول أخذ) احياء لحق المسروق منه (ولا يقول سرق) محافظة على الستر ولانه لوظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء

أن هذا قاله صلى الله عليه وسلم لهزال ذكره مالك فى الموطا عن يحيى بن سعيد بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من أسلم يقال له هزال لوسترته بردائك لكان خيرا لك والمراد بمرجع الضمير فى قوله سترته ماعز رضى الله عنه روى أبوداود عن يزيد بن نعيم عن أبيه أن ماعز بن مالك أتى النبى صلى الله عليه وسلم فأقر عنده أربع مرات فأمر برجمه وقال لهزال لوسترته بثوبك لكان خيرا لك وان هزالا هو الذى أشار على ماعز أن يأتى النبى صلى الله عليه وسلم و يقر عنده ولم يكن شاهدا لان ماعزا انما حد بالاقرار أخرج أبوداود عن ابن المنكدر أن هزالا أمر ماعزا أن يأتى النبى صلى الله عليه وسلم فيخبره ورواه الحاكم وزاد وقال شعبة قال يحيى فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال فقال يزيد هذا هو الحق هذا حديث جدى وقال صحيح الاسناد ورواه ابن سعد فى الطبقات وفيه قال فى هزال بئسما صنعت لوسترته بطرف ردائك لكان خيرا لك قال يارسول الله لم أدر أن فى الامر سعة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم من رواية أبى هريرة من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة رواه البخارى ومسلم وتلقين الدرء من رسول الله صلى الله عليه وسلم أى تلقين ما يحصل به الدرء دلالة ظاهرة على قصده الى الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصا من عموم تحريمه فمن ذلك ما أسند الطحاوى الى أبى هريرة قال أتى بسارق الى النبى صلى الله عليه وسلم فقيل يارسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق وروى أبوداود أنه صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال له صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال فأعاد مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع الحديث وروى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا الحديث قدمناه فى الحدود فان قلت كيف صح لك القول بتخصيص العام من الكتاب بهذه وهى أخبار آحاد وأيضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن أين ثبت لك ذلك قلت هذه الاخبار الواردة فى طلب الستر بلغت مبلغا لا تنحط به عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الامة لها فصح التخصيص بها أو هى مستند الاجماع على تخيير الشاهد فى الحدود فثبوت الاجماع دليل ثبوت المخصص وأما المقارنة فانما هى شرط التخصيص فى نفس الامر وهذا بالتخصيص الذى ادعيناه هنا ليس بذاك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه فى التعارض من كتاب تحرير الاصول من أن الجمع بين العام والخاص اذا تعارضا أن يحمل على تخصيصه به فاذا وجب للجمع حمله على ذلك تضمن الحكم منا بأنه كان مقارنا أو انها ليست تخصيصات أول(١) كما أنا اذا رجحنا فى التعارض المحرم على المبيح وثبت صحته ما تضمن حكمنا أن المبيح كان متقدما على التحريم فنسخ حكما لوجوب ترجيح المحرم وان لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه وكثيرا ما يعترض بعض متأخرى الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بان المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم فى تلك الاماكن ماذكرناه هذا كله اذا نظرنا الى مجرد اطلاق قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا مادعوا فأما اذا قيدناه بما اذا دعوا للشهادة فى الدين المذكور أول الآية أى قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ثم قال ولا يأب الشهداء يعنى بذلك الدين فظاهر (قوله الا أنه يجب أن يشهد بالمال) استدراك من قوله مخير فى الحدود فانه يقتضى أن لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر أنه لا يشهد فيها

---

(١) قوله أول بضم الهمزة وفتح الواو جمع أولى

الحق فيبقى صيانة عرض أخيه المسلم ولا شك فى فضل ذلك (قوله الا أنه يجب أن يشهد) استثناء من قوله يخير وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليست بداخلة فى الشهادة فى الحدود وانما يجب ذلك لان فيها احياء لحق المسروق منه فيقول أخذ ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه بين أمرين لا يجتمعان القطع والضمان وأحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد والستر الكلى ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله الغنى على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة

فان فى عتق الامة وطلاق المرأة يحرم الستر والكتمان وليس ثمة خوف فوت حق المحتاج فتأمل ومحصل الجواب أن التخصيص اضافى بالاضافة الى حقوق الله تعالى التى تستوفى لا حقيق أو نقول المراد الخوف أو الكتمان فى الحقوق التى تستوفى انما يحرم الخ (قال المصنف الا أنه يجب أن يشهد بالمال فى السرقة) أقول استدراك من قوله مخير فى الحدود اذ قد يتوهم منه أنه لا يشهد فى السرقة مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب لدفعه

قال (والشهادة على مراتب) رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة (منها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة وأما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها وأما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة (ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين) يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما (من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص) وتخصيصهما بالذكر لما ورد في حقهما من قوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر (ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال) في غير الحدود قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالآية الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية (فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود) كحد الشرب والسرقة وحد القذف (والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم) فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا أن باب الزنا يخرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله

حقه (والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهري رضي الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم

مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب أن يشهد بالمال احياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول أخذ المال ولا يقول سرق فان الاخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا تستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحد بها مع أن فيه مصلحة للمسروق منه لانه اذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمان المال ان كان أتلفه (قوله والشهادة على مراتب) أربعة (منها الشهادة في الزنا) والشهادة في بقية الحدود والقصاص والشهادة فيما سواهما من المعاملات والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء أما على الزنا فيعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وروى ابن أبي شيبة حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء انتهى وتخصيص الخليفتين يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الاتباع ولان النص أوجب أربعة رجال بقوله تعالى أربعة منكم فقبول امرأتين مع ثلاثة مخالف لما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضة بين عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وبين هذه فنقدم هذه لانها مانعة وتلك مبيحة وأيضا هذه تفيد زيادة قيد وزيادة القيد من طرق الدرء فانه كلما كثرت قيود الشئ قل وجوده بالنسبة الى ما لا قيد فيه زيادة تقييد ولان فيها شبهة البدلية ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين الآية ظاهره أنه لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون وقد روي عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود يقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات أي وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا أو لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة

(قوله ولفظ أربعة نص الخ) أقول فيه بحث الا أن يراد النص المصطلح أو يكون الكلام على التشبيه (قوله فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده) أقول اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق (قوله وانما قال شبهة البدلية الى قوله مع امكان الاصل) أقول فيه ان ذلك في الخلف لا في البدل فان المسح على الخف بدل عن غسل الرجل مع أنه يصار اليه مع امكان المبدل منه فليتأمل (قوله لما مر من عموم اللفظ) أقول فيه بحث (قوله والذكورة والبلوغ) أقول وفي قاموس اللغة الرجل بضم الجيم وسكونه معروف وانما هو اذا احتلم وشب أو هو رجل ساعة يولد انتهى ففي قوله والبلوغ تأمل

(قوله ولاتقبل شهادة النساء) يجوز أن يكون جوابا عما يقال فالآية هذه عقبت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليست شهادتهن فيها مقبولة ووجهه أن القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم ولئن أوجب فعدم قبولها لما ذكرنا من حديث الزهرى وشبهة البدلية فى شهادتهن فان قلت ما مسلك الحديث من الآية ههنا أتخصيص أم نسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه وهو اما التخصيص ان ثبتت المقارنة أو النسخ وقول الزهرى مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا تجوز الزيادة به قال (وما سوى ذلك من الحقوق الخ) وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق (مالا كان أو غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية) أى الوصاية لانه فى تعداد غير المال (ونحو ذلك) يعنى العتاق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين بما تلونا (وقال الشافعى رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا فى الاموال وتوابعها) كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل فى شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة (ولهذا) أى ولان الاصل عدم القبول (لا تقبل فى الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا أنها مستثناة من ذلك الاصل فى الاموال ضرورة احياء حقوق العباد) لكثرة وقوعها ودنو خطرها فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا وأقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص (ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة) التى يحصل بها العلم والضبط الذى يبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذى يحصل به العلم للقاضى (ولهذا) أى ولكون القبول أصلا فيها (قبل اخبارها فى الاخبار) ولقائل أن يقول ما ذكرتم مما يبتنى عليه أهلية الشهادة اما أن يكون علة لها أو شرطا لا سبيل الى الاول لان أهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك لا جمعا ولا فرادى والثانى كذلك لعدم توقفها عليها كذلك لا جمعا ولا فرادى على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب ان أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام والبلوغ وأما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وانما هى علة لاهلية قبولها فانا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة أيضا وفاته أحد الامور المذكورة المشاهدة أو الضبط أو الاداء اذا أدى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته وان كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا يقدر فى كلام المصنف مضاف أى أهلية قبول الشهادة

(ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا (قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح) والطلاق والعتاق والعدة والحوالة والوقف والصلح (والوكالة والوصية) والهبة والاقرار والابراء والولد والولاد والنسب ونحو ذلك وقال الشافعى رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا فى الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل فى الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا أنها قبلت فى الاموال ضرورة والنكاح أعظم خطرا وأقل وقوعا فلا يلحق بما هو أدنى خطرا وأكثر وجودا ولنا أن الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثانى يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضى ولهذا يقبل اخبارها فى الاخبار

والرجعة والنسب وقال الشافعى لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا فى الاموال وتوابعها كالاذن وشرط الخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطا وكل جرح لا يوجب الا المال وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة الا النجم الاخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وكقول الشافعى رحمه الله قال مالك وعن أحمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهما وقصور الولاية حتى انها لا تصلح للامارة ولا تقبل شهادة الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا فى الاموال ضرورة لكثرة وقوع أسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين فى كل حادثة وكذا العادة أن يوسع فيما يكثر وقوعه بخلاف النكاح فانه مع كونه أعظم خطرا أقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط ولذا قال تعالى فى الرجعة وأشهدوا ذوى عدل منكم والرجعة من توابع النكاح فألحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المصنف (ولنا أن الاصل فيها القبول) فابتدأ بتضمين منع

(قال المصنف ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة) أقول يعنى أهلية قبولها فالمضاف مقدر (قوله والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك الخ) أقول والا لكان العبد والصبى العاقل والكافر أهلا للشهادة (قوله لعدم توقفها عليها) أقول لتقدم أهلية الشهادة على الاداء (قوله كذلك) أقول لا جمعا ولا فرادى (قوله على أنه لا يلزم من وجوده وجود المشروط) أقول يعنى أهلية الشهادة (قوله فانا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة الخ) أقول اللازم من هذا التعليل التوقف لا العلية الا أن يرتكب التأويل فى كلامه بان يراد بالعلية المدخلية فيها (قوله وهو القبول) أقول أى أهلية القبول

(قوله ونقصان الضبط) جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيهه أن يقال ان ذلك بعد التسليم انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الاشبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها أما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل وأما الوكالة والايصاء والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك أمارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك أن للنفس الانسانية أربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الانسان في مبدأ فطرتهم والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو أن يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه ان نسيت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله صلى الله عليه وسلم هن ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك (8) لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضا فتأمل (قوله وعدم قبول الاربع) جواب

ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كي لا يكثر خروجهن قال (وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة)

مقدمته القائلة الاصل عدم القبول ثم أثبت هذه بوجود ما ينبني عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ واعترض بان المشاهدة والضبط أهلية الاداء لا أهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار ان أهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنساء في هذا كالرجال بقي أهلية التحمل وهو بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن لاحاديث الاحكام الملزمة للأمة فعن هذا اقد يقال والله تعالى أعلم ان جعل الشارع الثنتين في مقام رجل ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لاظهار درجتهن عن الرجال ليس غير ولقد نرى كثيرا من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الامرين في جنس النساء سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وان كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال لقوله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى لكن ذلك انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق حينئذ الا الشبهة فلم تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وأما عدم قبول الاربع فعلى خلاف القياس كانه كي لا يكثر خروجهن (قوله وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) مسلمة حرة عدلة والثنتان

عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه أن القياس يقتضي قبول ذلك أيضا لكنه ترك ذلك كي لا يكثر خروجهن قال (وتقبل في الولادة والبكارة) اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة

(قوله ولم يذكر الجواب عن الخ) أقول فيه بحث (قوله لا نقصان في عقلهن) أقول في صحاح كتاب الايمان من المصابيح عن أبي سعيد الخدري قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في أضحى أو فطر الى المصلى فمر بالنساء فقال يا معشر النساء تصدقن فاني أريتكن أكثر أهل النار فقلن وبم يا رسول الله فقال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من احداكن قلن وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله فقال أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل قلن بلى قال فذلك من نقصان عقلها قال أليس اذا حاضت لم تصل ولم تصم قلن بلى قال فذلك من نقصان دينها انتهى الحديث الشريف وأنت خبير بان ما ذكره الشارح مخالف لظاهر الحديث (قوله في تحصيل البديهيات الخ) أقول فيه انهن وجوب احتجابهن وسترهن أكثر البديهيات محجوبة عنهن كما لا يخفى (قوله لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك) أقول فيه ان تكليفهن دون تكليف الرجال ألا يرى أنه لا نفرض لهن الصلاة أيام حيضهن فتأمل في جوابه (قوله ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة) أقول ولا يخفى عليك أيضا أن الشهادة ضرب من الولاية (قوله والعيوب من النساء في موضع الخ) أقول قوله في موضع فيه العيوب للاحتراز عن مثل الاصبع الزائدة (قوله فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة) أقول فيه شئ فان ما ذكره هو قصر الصفة على الموصوف ثم لا يخفى انه ليس في عبارة الكتاب ما يفيد القصر أصلا بل مراد صاحب النهاية التخصيص الذكري فانه يفيد نفي الحكم عما عداه في الروايات فالاصوب أن يقال سكوته عن قبول شهادة الرجل الواحد بناء على فهمه مما ذكره بطريق الدلالة فليتأمل

لاعكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها القوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال أن الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يمكن ثمة معهود ينصرف الى الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف فى موضعه وهو حجة على الشافعى فى اشتراط الاربع بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد فى الشهادات قوله (ولانه) دليل معقول لنا ووجهه أن الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر الجنس أخف وفى اسقاط العدد تخفيف النظر فيصار اليه الا أن المثنى والمثلث أحوط لما فيه من معنى الالزام واعترض بان فى هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جوازا لاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة والجواب أن يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالزام يقتضى وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا (ثم حكمها) أى حكم شهادة امرأة واحدة فى الولادة (شرحناه فى الطلاق) يعنى فى باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تطلق وان كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند

أبى حنيفة يعنى تثبت الولادة بقول امرأته وعندهما يشترط شهادة القابلة وأما حكم البكارة فانها سواء كانت مهيرة أو مبيعة لابد من نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فاذا نظرن اليها وشهدن فاما أن تتأيد شهادتهن بمؤيد أولا فان كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثانى لابد أن ينضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدن بانها بكر فان كانت مهيرة تؤجل فى العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن تأيدت بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك

ولمقتضى البيع وهو اللزوم وان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ

لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الالزام (ثم حكمها فى الولادة شرحناه فى الطلاق) وأما حكم البكارة فان شهدن أنها بكر يؤجل فى العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة أصل وكذا فى رد

والثنتان أحوط وبه قال أحمد وشرط الشافعى أربعا ومالك ثنتين له ان كل ثنتين يقومان مقام رجل ولمالك أن المعتبر فى الشهادة أمران العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة فبقى العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن فى أول باب شهادات النساء من الاصل عن أبى يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعن عطاء بن أبى رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وهذا مرسل يجب العمل به ووجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على أن اللام لما لم يمكن اعتبارها فى العهد اذ لا عهد فى مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فتصح بواحدة والاكثر أحسن فقلنا كذلك وروى عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهرى قال مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وهذا مرسل حجة عندنا وهو مثل ما ذكره المصنف ورواه ابن أبى شيبة وروى عبد الرزاق أيضا أخبرنا أبو بكر بن أبى سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن حكيم عن ابن عمر رضى الله عنه قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الا على ما لا يطلع عليه الا هن من عورات النساء وله مخارج أخر قال المصنف (ثم حكمها فى الولادة شرحناه فى كتاب الطلاق)

(قوله لاعكسه كما فهم صاحب النهاية) أقول عبارة النهاية ثم اعلم انه ذكر ههنا ثلاثة أشياء ثم خص شهادة امرأة واحدة وهذا التخصيص صحيح فى حق البكارة لا فى حق الولادة والعيوب فان شهادة رجل واحد تقبل أيضا فيهما لانه ذكر فى الايضاح مطلقا بقوله وتقبل شهادة رجل واحد على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول رجل واحد أولى وكذا ذكر فى باب شهادة النساء من شهادات المبسوط وقال ولم يذكر فى الكتاب انه لو شهد بذلك أى بالولادة والعيب فى موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بأن قال فاجأتها فاتفق نظرى اليها والجواب انه لا يمنع قبول شهادته اذا كان عدلا فى مثل هذا الموضع ثم الصحيح انه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به ههنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا انه وان قال تعمدت النظر تقبل شهادته فى ذلك كما فى الزنا انتهى بعبارته أقول القياس على سائر المراتب أى مراتب الشهادة يقتضى ما ذكره فى النهاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء الخ) أقول دليل لاصل الدعوى (قوله ينصرف الى الجنس) أقول اذ الكل ليس بمراد قطعا (قوله فعملنا بهما الخ) أقول فيه بحث اذ لم يثبت بما ذكره أحوطية العدد (قوله وان قلن انها الخ) أقول وفيه بحث يعلم من قوله يعنى فى حق سماع الدعوى والتحليف

قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر فان حلف لزم المشترى وان نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث أجاب بان العيب يثبت بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فان المشترى اذا ادعى عيبا في المبيع لابد له من اثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان القول للبائع لتمسكه بالاصل فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب في الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على أنه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذى كانت في يده وأما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند أبي حنيفة رحمه الله غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلاة مقبولة لانه من أمور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتهن على هلال رمضان وعندهما في حق الارث أيضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة والجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء (قال ولابد في ذلك كله من العدالة الخ) لابد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات الرجل أكثر من سيآته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر (ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت (أما) اشتراط (العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء) والفاسق لا يكون مرضيا (ولقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم) يعارضه

المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة لانها من أمور الدين وعندهما تقبل في حق الارث أيضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال (ولابد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته) أما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم

أى في باب ثبوت النسب منه وفي المبسوط لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأتها فاتفق نظرى اليها تقبل اذا كان عدلا ولو قال تعمدت النظر لا تقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعمدت النظر تقبل أيضا وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله وأما حكم البكارة فان شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها وأنكرت ترى النساء فان قلن هي بكر تخير فان اختارت الفرقة فرق للحال وانما فرق بقولهن لانها تأيدت بمؤيد وهو موافقة الاصل اذ البكارة أصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لا في الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشترى هي ثيب يريها النساء فان قلن هي بكر لزمت المشترى لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الاصل وان قلن هي ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوى وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها احلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشترى واما شهادتهن على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلاة عليه بالاتفاق واما في حق الارث فعندهما كذلك وعند أبي حنيفة لا تقبل الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الام فلا يطلع عليه الرجال وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعي وأحمد وهو أرجح (قوله ولابد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل وثالث وهو النفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاحتمال أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهدا ولان العدالة هي المعينة لجهة الصدق فان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فان قيل المنكر أيضا قد يكون عدلا فالجواب انه

(قوله فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب الخ) أقول فيه انه حينئذ لا يستقيم قوله وشهادتهن حجة ضعيفة الخ فان الحكم في شهادة الرجال بالعيوب كالاباق كما ذكر ههنا بلا فرق فليتأمل والجواب أن الفرق فيما اذا كان النزاع قبل القبض حيث يلزم المشترى اذا حلف البائع كاف في ضعف حجتها وفيه تأمل (قوله ثم يحلف البائع الى قوله كانت في يده الخ) أقول فما الجواب فيما قبل القبض (قوله وأما اشتراط العدالة الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف فلقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم) أقول فان قيل بعض النصوص وردت مطلقة كما سبق واذا دخل النص المطلق والمقيد على السبب لم يحمل المطلق على المقيد عندنا فكيف يثبت اشتراط العدالة قلنا المطلق ينصرف الى الكامل

ولان) الشهادة حجة باعتبار الصدق و (العدالة هي المعينة للصدق) فهي علة الحجية وماسواها معدات (لان من يتعاطى غير الكذب) من محظورات دينه (فقد يتعاطاه أيضا وعن أبي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها) أي ذا قدر وشرف (في الناس ذا مروءة) أي انسانية والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان (تقبل شهادته لانه لايستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول) يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروءة كان أولا (أصح) لان قبولها اكرام الفاسق ونحن أمرنا بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعان بالفسق لامروءة له (لكن القاضي لوقضى بشهادة الفاسق صح عندنا وأما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة) قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (ولان في لفظة الشهادة زيادة توكيد) لدلالتها على المشاهدة (ولان قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد) وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز تبديل ماهو أصرح فيه به (قوله في ذلك كله) يريد به ماوقع في المختصر من قوله ولابد في ذلك أي في جميع ماتقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم أن فيه معنى الالزام

ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لايستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح الا أن القاضي لوقضى بشهادة الفاسق يصح عندنا وقال الشافعي رحمه الله لايصح والمسئلة معروفة وأما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله أشهد من ألفاظ اليمين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشدّ وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ماتقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانها شهادة لما فيه من معنى الالزام

يعارضه اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض أو يترجح اخبار المدعي بالشهادة (وعن أبي يوسف أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس) كمباشري السلطان والمكسة وغيرهم (تقبل شهادته لانه لايستأجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح) لان هذا التعليل في مقابلة النص فلا يقبل (الا أن القاضي ان قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا) ويكون القاضي عاصيا (وأما اشتراط (لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها) أي في النصوص (بهذه اللفظة) قال تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وأقيموا الشهادة لله وقال عليه السلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد وحاصل هذا أن النصوص وردت بلفظ الشهادة فان قيل غاياتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لايوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى وربك فكبر ولم يرد من السنة في تكبير الافتتاح الا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أبي حنيفة فمن أين لزم في الشهادة قلنا لفرق معنوي وهو أن لفظة الشهادة أقوى في افادة تأكيد متعلقها من غيرها من الالفاظ كاعلم وأتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولانها من ألفاظ الحلف فالامتناع معذكرها عن الكذب أظهر وقد وقع الامر بلفظ الشهادة في قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد فلزم لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فانه التعظيم وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وأعظم فكانت الالفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر وقوله (في ذلك كله) أي في المراتب الاربعة كلها تشترط فيها العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله (هو الصحيح) احترازعما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة لانها خبر

(قوله وماسواها معدات) أقول فيه بحث الا أن يحمل على المعد المصطلح قال المصنف (ويمتنع عن الكذب بمروءته) أقول تجيء المسئلة في باب من تقبل شهادته وفي التعليل مغايرة (قوله بوجه مكفهر) أقول أي شديد العبوس (قال المصنف اذ الامر فيها بهذه اللفظة) أقول فيه كلام لانه ليس معنى لفظ أشهد بل معناه أخبر فلا يثبت الاشتراط بمجرد ماذكره وجوابه أن الشهادة هو الاخبار عن مشاهدة وعيان وهو الملزم القاضي لا مطلق الاخبار فتأمل (قوله ولان في لفظة الشهادة) أقول الاولى أن يجعل هذا وجه الدلالة النصوص على الاشتراط اذ لاتظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته ولا يجعل دليلا مستقلا على المدعى كما فعله (قوله بخلاف لفظ التكبير الخ) أقول جواب عما يقال ما الفرق بين الاوامر المشتقة من الشهادة وبين غيرها من الاوامر حتى روعي في الاولى اللفظ الذي ورد به الامر دون الثانية مثل كبر (قوله اذ لا وصول الى القطع) أقول يمكن الوصول الى القطع بالتواتر فالاولى أن يقال يكتفى بالظاهر للاستحقاق اذا لم يكن ثمة منازع كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهنا كذلك اذ الكلام فيما اذا لم يطعن الخصم في الشهود

حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام وقوله هو الصحيح احترازعن قول العراقيين فانهم لايشترطون فيه لفظة الشهادة فاذا أقام المدعى الشهود فلا يخلو اما أن يطعن الخصم أولا فان كان الثانى قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف وروى مثل ذلك عن عمر رضى الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم فى دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت للمدعى استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما أشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه انه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقبول قول المزكى فى التعديل (١٢) أيضا عمل بالظاهر لما ان الظاهر أن قول المزكى صدق فالكلام فيه كالاول وهلم

حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والاسلام (قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف ومثل ذلك مروى عن عمر رضى الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع (الا فى الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود) لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح

كالشهادة على هلال رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه افادة اشتراطها بخلاف رمضان فان اللازم فيه ليس الشهادة بل الاخبار ذكر فى الخلاصة فى كتاب الشهادات لو أخبر عدل القاضى بمجىء رمضان يقبل قوله ويأمر الناس بالصوم يعنى فى يوم الغيم ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء أما فى العيد فيشترط لانه يدخل تحت الحكم لانه من حقوق العباد انتهى ولهذا احتاجوا الى الحيلة فى اثبات الرمضانية قالوا يدعى عند القاضى بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقر الخصم بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضى بالمال فيثبت مجىء رمضان لان اثبات مجىء رمضان لا يدخل تحت الحكم ذكره أيضا فى شهادات الخلاصة واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والاسلام يعنى فى الشهادة على المسلم والا فالذمى يجوز أن يشهد على مثله عندنا (قوله قال أبو حنيفة) يعنى لما اتفق الائمة الاربعة على وجوب العدالة قال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم لان كل مسلم ظاهر حاله من التزام الاسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على انه عدل وقال صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومثل ذلك عن عمر رضى الله عنه قال فى كتابه الذى كتبه لابى موسى الاشعرى وقدمنا بعضه وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا فى قذف أو مجربا فى شهادة زور أو ظنينا فى ولاء أو قرابة رواه الدارقطنى من طريق فيه عبد الله بن أبى حميد وهو ضعيف ومن طريق آخر حسنة وأخرجه البيهقى من طريق آخر غير الطريقين جيدة واذا كان الثابت ظاهرا هى العدالة اكتفى بها اذ القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء نعم تزداد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون قبل وأول من سأل ابن شبرمة بخلاف الحدود والقصاص لانه وجد فيها دليل طلب الزيادة فيسأل على ما عرف احتيالا للدرء اذ ربما يعجز عن التزكية فيندرئ الحد وهو مطلوب وأورد أن الظاهر انما يكفى للدفع والشهادة

جرا ويدور أو يتسلسل ويجوز أن يقال الظاهر ههنا اعتبر للرفع لا للاستحقاق وبيان ذلك أن دعوى المدعى وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعا (قوله الا فى الحدود والقصاص) استثناء من قوله ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم الا فى الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فيسأل عنهم لعله يطلع على ما يسقط به ذلك وان كان الاول يسأل عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم فى الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر أن المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضى حينئذ الى الترجيح

(قوله وبيانه أنه لو لم يكتف الخ) أقول والاظهر أن يبين عدم امكان الوصول الى القطع لو زكى فان المزكى يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لان أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهى دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية اذ لا ينسد احتمال فساد الاعتقاد مثلا فتأمل (قوله فالجواب ما أشرنا اليه بقوله) أقول الظاهر أن يقال ما أشار اليه بقوله (قوله ويدور أو يتسلسل) أقول مع أن المطلوب حاصل (قوله وبظاهر العدالة اندفع الخ) أقول فيه بحث (قوله استثناء من قوله ولا يسأل) أقول بل من قوله يقتصر الحاكم (قوله ولان الشبهة فيها دارئة) أقول فيه بحث فان وجه السؤال اذا كانت الشبهة دارئة فيها ليس الا انه يحتال لاسقاطها فاندرج هذا التعليل فى التعليل الاول فاوجه عده تعليلا مستقلا فلو أسقط الواو من البين وجعل هذا الكلام من تتمة التعليل الاول لكان أولى

وقال أبو يوسف ومحمد لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لأن مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا (وقيل هذا) الاختلاف (اختلاف عصر وزمان) لأن أبا حنيفة أجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدولا وهما أجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما ولهذا قال (والفتوى على قولهما في هذا الزمان) قال (ثم التزكية في السر الخ) اعلم أن التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالأولى (أن يبعث القاضي المستورة) وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد أمينه إلى المزكي سميت بها لأنها تستر عن نظر العوام (إلى المعدل) مكتوبا (فيها النسب والحلي) بضم الحاء وكسرها جمع حلية الإنسان صفته وما يرى منه من لون وغيره (والمصلى) أي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي أن يبعث إلى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال وفقيها يعرف أسباب الجرح والتعديل من جيرانه وأهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك أو يقول الله يعلم إلا إذا عدله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة أو فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل إلى الحاكم وينبغي أن يكون كل ذلك سرا كي لا يظهر فيخدع أو يقصد الخداع والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير إلى الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره فإن الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لأن القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالأذى (ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا) لأن العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالأذى

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق) لأن القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال (ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل) كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع أو يقصد (وفي العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد) لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة

يوجب الاستحقاق وأجيب بأن الظاهر في الشهادة كالقطع لما لم يمكن الوصول إلى القطع ولا بالتزكية والحق أن الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب وأما إذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل وقال أبو يوسف ومحمد لا بد أن يسأل عنهم طعن الخصم أو لم يطعن في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ومن عرف جرحه ردت شهادته وإنما يسأل إذا شك وإنما قلنا لا بد من السؤال مطلقا لأن القضاء ينبني على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد أن يثبت عنده العدالة وذلك بذلك ولا يخفى قوة دليل أبي حنيفة على ذلك وكونه لا بد أن يثبت العدالة لم يخالف فيه أبو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع ما رويناه عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ولذلك قالوا هذا الخلاف خلاف زمان لا حجة وبرهان وذلك لأن الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما وما قيل بأنه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود لهم بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفتيا في القرن الرابع ففيه نظر فإن أبا حنيفة رحمه الله توفي في عام خمسين ومائة فكيف أفتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الخ إثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الإسلام وتحقيقه أنه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بأن أكثر من التزم الإسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق مجرد التزام الإسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض

* فرع لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة (قوله ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة) وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي أسماء الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى أي مسجد محلتهم وينبغي أن لا يختار إلا معدلا صالحا زاهدا كي لا يخدع بالمال مأمونا أعظم من يعرفه في هذه الأوصاف فيكتب إليه ثم هو

(قال المصنف لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية) أقول لعل الواو بمعنى أو لمنع الخلو حتى ترتفع المخالفة التي تضمنها الكلام فتأمل (قال المصنف ثم التزكية في السر أن يبعث الخ) أقول فيه تسامح فإنه ليس تزكية بل التزكية فعل المزكي لكن المراد معلوم (قوله كي لا يظهر فيخدع) أقول بالرشوة (قوله أو يقصد الخداع) أقول الصواب أو يقصد بالأذى على تقدير الجرح

(يروى عن محمد أنه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد للمعدل أن يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار) قال المصنف (وهذا أصح) لان فى زماننا كل من نشأ فى دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضى عن اسلامه وحريته وانما يسأل عن عدالته قال أبو حنيفة رحمه الله على طريقة قوله فى المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال اذا سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا ويقبل اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق (وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده) هذا اذا كان عدلا يصلح مزكيا فان كان فاسقا أو مستورا أو سكت عن جواب المدعى ولم يجحده فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العدالة شرط فى المزكى عند الكل (ووجه ظاهر الرواية أن فى زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب فى انكاره مبطل فى اصراره فلا يصلح معدلا) لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست بشرط فى المقر بالاتفاق والجواب أن المصنف قال (وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا) ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق فى الاقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب أنه لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه

(قال المصنف وهذا أصح) أقول الاظهر أن يعمل بالقيل الاول فى ديارنا (قوله على قول من يقول بالسؤال اذا سأل) تزكيته أقول يعنى اذا سأل القاضى (قال المصنف ووجه الظاهر أن فى زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب فى انكاره مبطل فى اصراره) أقول قال العلامة علاء الدين الاسود فى شرح الجامع الصغير وهذا كله اذا جحد الخصم فأما اذا كان ساكتا وهو ممن يجوز أن يرجع اليه فى تعديل الشهود فتعديله صحيح وكان كافيا عند أبى يوسف وعند محمد يضم الى ذلك آخر حتى يتم التعديل انتهى ويفهم ذلك من اشارة الهداية أيضا (قال المصنف وموضوع المسئلة اذا قال انهم عدول الخ) أقول المقصود من التعديل هو حصول علم القاضى بعدالة الشاهد فاذا كان المدعى عليه عدلا لا يعرفه القاضى بالعدالة ينبغى أن يقبل تعديله الا أن يقال شهادة الشهود تتضمن جرحه

ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح قال (وفى قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل) معناه قول المدعى عليه وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر أن فى زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب فى انكاره مبطل فى اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا أما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق

يسأل عنهم أهل محلتهم وسوقهم ومن يعرفهم ويكون المزكى صاحب خبرة بالناس مداخلا لهم لا منزويا عنهم فان هذا الامر لا يعرف الا بالمخالطة والمداخلة فان لم يجد الا أهل مجلسه يسألهم عنه فان وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر الاخبار وعن ابن سماعة عن أبى حنيفة يجوز فى تزكية السر المرأة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز فى تزكية العلانية الا من تجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها الا لفظة الشهادة فقط لان تزكية السر من الاخبار بالامور الدينية وكل من هؤلاء يقبل خبره فى الامر الدينى اذا كان عدلا كما تقبل روايته للاخبار فاذا قال المسؤل عنه هو عدل كتب المزكى هو عدل مرضى مقبول جائز الشهادة والا يكتب هو غير عدل وفى فتاوى قاضيخان ان عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك أو يقول والله أعلم الا اذا خاف أن يقضى القاضى بشهادته فيصرح حينئذ بذلك ومن لا يعرفه لا بعدالة ولا بفسق يكتب مستور ثم رد المستورة مع أمين القاضى اليه كل ذلك فى السر كى لا يظهر الامر فيخدع المزكى أو يقصد بالاذى وأما العلانية فلابد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفى شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسؤل عنه القاضى اذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر للحق ووقع الاكتفاء بالسر فى زماننا لغلبة النفوس فيه فيوجب الفتنة وقد روى عن محمد أنه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من أهلها فلا تلزم تلك الزيادة وهذا أصح لما ذكرنا من أن الظاهر الحرية نظرا الى الدار فيكتفى به ما لم يطعن الخصم بالرق ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تفريعا على قول محمد من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعنى المدعى عليه اذا قال فى شهود المدعى هم عدول فلا تقع به التزكية لان فى زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب فى انكاره مبطل فى اصراره فلا يصلح معدلا لان العدالة شرط فى المزكى بالاجماع وعن أبى يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تعديلا لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى

نسبهم في ذلك الى الخطا والنسيان فانى يكون اقرارا قال (واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود) بلفظ المبني للمفعول (واحدا جاز والاثنان أفضل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان) ذكر في شرح الجامع الصغير أن المراد بالرسول ههنا هو المزكى ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول (وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكى) ورسول المزكى الى القاضي (والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله أن التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية) فولاية القضاء تبتنى على ظهور التزكية واذا كانت في معناها (يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة ويشترط الذكورة فيه في الحدود) والاربعة في تزكية شهود الزنا (ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا

لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء) فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة أمر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضى ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها الى التزكية فان قيل فتلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب أنه انما ألحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بل لا تفاق فتعذر الالحاق والتعدية جميعا (قال ولا يشترط أهلية الشهادة الخ) تزكية السر لا يشترط في المزكى فيها أهلية الشهادة فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه (فاما تزكية العلانية فهي شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف) وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكى في السر هو المزكى في العلانية والجواب ان الخصاف شرط أن يكون المزكى في السر غير المزكى في العلانية فيجوز أن يكون العدد شرطا في أحدهما دون الآخر واليه أشار بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصة شرط الخصاف أن يكون المزكى في العلانية غير المزكى في السر أما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية

(واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكى وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكى والمترجم عن الشاهد له أن التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكى في الحدود والقصاص ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد أمر حكمي في الشهادة فلا يتعداها (ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكى في تزكية السر) حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

تزكيته أي تزكية الخصم لان العدد عند محمد في المزكى شرط وموضوع المسئلة أن يقول هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا أما لو قال صدقوا أو هم عدول صدقة أو معنى هذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضي يسأل المدعى عليه أشهدوا عليك بحق أم بباطل فان قال بحق فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضى بشئ * (فرع) اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طال فوقت محمد شهرا وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر (قوله واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد) من رسول القاضي (المزكى) وهو المسؤل منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذي يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل انه يكفي في التزكية الواحد وكذا في الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبه قال مالك وأحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي وأحمد في رواية لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبنى على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة ولذا اشترطت الذكورة في المزكى في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها ولهما أنه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك كل ما توقف عليه في كل حكم بل ما كان في معنى الشهادة التي بها ثبوت الحق يكون مثلها والا فلا يلزم والتزكية لا يستند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة فكانت التزكية شرط الاعلة ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالاجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطها في التزكية على أن التعدية تكون بجامع يعلم اعتباره واشتراط العدد في الشهادة أمر تحكمي في الشهادة بمعنى تعبدي وفي المبسوط هو بخلاف القياس وهذا زيادة على كونه تعبديا اذ

(قال المصنف وكذا العدد بالاجماع) أقول اذا كان المستند هو الاجماع لا يرد شئ مما يختلج بالاوهام

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين أحدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير أن يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم أو رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له أن يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال شروط واذا موضوعة للشرط وأجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياج الاداء اليه قال (ويقول أشهد أنه باع الخ) اذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد أشهد أنه باع (ولا يقول أشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب) يحجب عن رؤية شخص المقر (لا يجوز أن يشهد ولو فسر للقاضي) بان قال أشهد بالسماع من وراء الحجاب (لا يقبله لان النغمة) وهو الكلام الخفي (تشبه النغمة) والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للاداء

﴿فصل﴾ فيما يتحمله الشاهد (قوله في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد) أقول أراد بالجمع معنى المثنى كما لا يخفى (قال المصنف أحدهما ما يثبت بنفسه) أقول أي يثبت حكمه (١٦) كما في القسم المقابل ولعل المراد بالحكم هو جواز الشهادة على ما يفهم من تقرير الكلام قال صاحب النهاية في شرح قوله ما يثبت بنفسه أي ما لا يحتاج الى الاشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بلا اشهاد بخلاف الشهادة على الشهادة انتهى قال الفاضل الشهير بخضرشاه كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكمه يترتب عليه بنفسه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وكذا الغصب يثبت وجوب رد العين أو القيمة بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانها [illegible] بذلك لا تثبت الحكم بنفسها بل اذا نقلها الى مجلس القضاء وحكم القاضي بها ولعمري أن هذا من الظهور بحيث لا ينبغي أن يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هؤلاء الاعلام انتهى وقيل معناه أن حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وفي الثمن للبائع ثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما أن الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقرير الكلام يشهد له كما لا يخفى (قال المصنف مثل البيع) أقول الظاهر أن المضاف محذوف أي مثل شهادة الخ على ما هو المناسب لقوله مثل الشهادة على الشهادة أو ذلك مؤول أي مثل ما يتحمل فيها (قوله كالبيع الخ) أقول اذا كان بالعقد (قوله كالغصب) أقول وكالبيع اذا كان بالتعاطي (قوله بما يوجبه) أقول متعلق بعلم (قال المصنف قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون) أقول وأنت خبير بأن العلم هنا وفي الحديث غير مقيد بالتعلق لما هو موجب بنفسه فلا بد للتقييد من دليل فتأمل (قوله قيل جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء) أقول بل هو ركن في اطلاق الاداء أي في تجويز الاداء (قوله واذا موضوعة للشرط) أقول ان أراد أنها موضوعة للشرط المصطلح عليه في عرف الفقهاء فمسلم والسند ظاهر وان أراد أنها موضوعة للشرط النحوي فمسلم ولا يفيد لانه يدخل على ما ليس بشرط كقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فان القيام اليها سبب للطهارة لا شرط كما صرح به في الاصول

(فصل * وما يتحمله الشاهد على ضربين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهد به وان لم يشهد عليه) لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال (ويقول أشهد انه باع ولا يقول أشهدني) لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم

في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب للعمل لا علم اليقين وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها أي لا يتعدى الشهادة الى التزكية وهذا الخلاف في تزكية السر فأما تزكية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاف مع أن الوجه المذكور يجري فيه وقدمنا أنه زيادة شبهها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقا ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا والله أعلم

﴿فصل يتعلق بكيفية الاداء ومسوغه﴾

(قوله وما يتحمله الشاهد على قسمين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم أو فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد جماعة ما على حكمه أو رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه أن يشهد

(الاإذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له أن يشهد) لانه حصل العلم في هذه الصورة (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد على شهادته الا أن يشهده عليها)

بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع بيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون على البيع كالقولي ولا يقول أشهدني لانه كذب وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو أى علم الموجب الركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا حقيقة لمسوغ الاداء سواه وقوله في اطلاق يعني مطلق الاداء واستدل على تسويغ الشرع للاداء في ذلك بقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فأفاد أن من شهد عالما بحق كان ممدوحا فلزم أن ذلك مطلق شرعا والا لم يكن ممدوحا وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فأمر بالشهادة عند العلم يقينا فعن هذا صرحوا بأنه لو قال له لا تشهد على بما سمعته منى ثم قال بحضرته لرجل بقي لك على كذا وغير ذلك حل له بل يجب أن يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبته فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فأنكر فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب في الحال والحديث رواه الحاكم في المستدرك والبيهقي في المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد أودع وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي بأن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد انتهى والمعلوم أن النسائي ضعفه ووافقه ابن عدي وفي العبارة المذكورة ما يفيد أنه مختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشف من ورائه لا يجوز له أن يشهد ولو شهد وفسره للقاضي بأن قال سمعته باع ولم أر شخصه حين تكلم لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الااذا أحاط بعلم ذلك لان المسوغ هو العلم غير أن رؤيته متكلما بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز وذلك بأن يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم أنه ليس به أحد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس عليه وسمع الاقرار أو البيع فانه حينئذ يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم في هذه الصورة ونحوه ما في الاقضية ادعى على ورثة مالا فقالا نشهد أن فلانا المتوفى قبض من المدعي صرة فيها دراهم ولم يعلما كم وزنها ان فهما قدرها وانها دراهم وان كلها جياد بما يقع عليه يقينهما بذلك فاذا شهدا به جاز وفي الفتاوى اذا أقرت المرأة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع أن يشهد على اقرارها الا اذا رأى شخصها فحينئذ يجوز أجمل في هذه المسئلة ووضعها في الخلاصة وغيرها هكذا (الشهادة على امرأة لا يعرفها) سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان عنها قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة أما عند أبي يوسف وأبيك فيجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وهل يشترط رؤية وجهها اختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهر زاده وفي النوازل قال يشترط رؤية شخصها وفي الجامع الاصغر يشترط رؤية وجهها وأنت تعلم انه لا بد من معرفة تفيد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت أن التعريف يفيد التمييز لزم أن لا حاجة الى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام خواهر زاده الا اذا لم يوجد من يعرفها واذا وجد حينئذ يجري الخلاف المذكور انه يكفي في المعرفة عدلان أو لا بد من جماعة ويوافقه ما في المنتقى تحمل الشاهد الشهادة على امرأة فماتت فشهدا عنده أن المقرة فلانة جاز له أن يشهد عليها نقله في الخلاصة وفي المحيط شهدا على امرأة سمياها ونسباها وكانت حاضرة فقال القاضي أتعرفانها فان قالا لا تقبل شهادتهما ولو قالا تحملناها على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا ندري أنها هذه أم لا صحت الشهادة وكلف المدعي أن يأتي بآخرين يشهدان أنها فلانة بنت فلان بخلاف الاول لانهما هنالك أقرا بالجهالة فبطلت الشهادة فهذا ونحوه

وقوله (الااذا كان) استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بانها فلانة بنت فلان جاز له أن يشهد حينئذ وكذا اذا رأى شخص المقر حال الاقرار لرقة الحجاب وليست رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة لانه حصل العلم في هذه الصورة قال (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه الخ) النوع الثاني من الشهادة مالا يثبت الحكم فيه بنفسه (مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد على شهادته

(قوله وشهد عنده اثنان) أقول الظاهر أن يقال أو شهد فان في الصورة الاولى تمس الحاجة الى الشهادة اذا علم أن الكائن في داخل البيت من هو (قال المصنف فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز أن يشهد الخ) أقول علله العلامة النسفي في الكافي بقوله لانه تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه فلا بد من الانابة والتحميل منه انتهى ولا مرمى ترك دليل صاحب الهداية الى هذا فليتأمل في انه هل يمكن ارجاع ما في الهداية الى ماذكره صاحب الكافي بان يجعل دليلا على صحة تفريع قوله فلابد من الانابة والتحميل على ما فرع عليه كما يفهم من الشروح

لان الشهادة) أى شهادة الاصول (موجبة بالنقل الى مجلس القضاء) ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل والاول اشارة الى مذهب محمد رحمه الله فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل والثانى اشارة الى مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فانهم مالم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح بعيان ماهو حجة والشهادة فى غير مجلس القاضى ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضى ليصير حجة فيتبين أن التحميل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة لا نا سلمنا أن النقل لا بد منه ولكن توقفه على التحميل يحتاج الى بيان فلو سلكنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل لانا لانعنى بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد ثم البيان وعلى هذا اذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له أن يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره

قال المصنف (وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القاضى) أقول قال الزيلعى وصاحب النهاية ولهذا تعتبر عدالة الاصول انتهى وقال ابن الهمام وهذا الاطلاق يقتضى أنه لو سمعه يشهد فى مجلس القاضى حل له أن يشهد على شهادته لانها حينئذ ملزمة انتهى وفيه تأمل سيجىء فى العناية فى باب الشهادة على الشهادة نقلا عن الفوائد الظهيرية وقد قصد تزييف هذا الدليل أن الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضى فى مجلسه انتهى وفى لطائف الاشارات ولا يشهد على شهادة غيره بلا اشهاد لانه نقل فلابد من التحميل عندهم صح لو سمعه يشهد بمجلس الحكم (قوله لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل) أقول ولهذا لو نهى عن

لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلابد من الانابة والتحميل ولم يوجد (وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد) لانه ما حمله وانما حمل غيره

يفيد ما قلناه ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز أن يشهد على شهادته الا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادته نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولهذا لو سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع أن يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره وهذا الاطلاق يقتضى انه لو سمعه يشهد فى مجلس القاضى حل له أن يشهد على شهادته لانها حينئذ ملزمة * (فروع) كتب الى آخر رسالة من فلان الى فلان كتبت تتقاضى الالف التى لك على وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقى على خمسمائة أو كتب الى زوجته قد بلغنى كتابك تسألينى الطلاق فأنت طالق طلقت ساعة كتب وينبغى لمن علم ذلك أن يشهد بالمال والطلاق وهى شهادة حق بخلاف ما لو كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا على بما فيه ولم يقرأه عليهم قال علماؤنا لا يجوز لهم أن يشهدوا عليه وقيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم أن يشهدوا بما فيه اذا قرأه عليهم أو قرأوه بكتب وهم يقرؤنه أو كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم هو اشهدوا على بما فيه ولو قرأه عليه فقال الشاهدان نشهد عليك بما فيه فحرك رأسه بنعم بلا نطق فهو باطل الا فى الاخرس ومثله ما اذا دفع اليهم وصية مختومة وقال هذه وصيتى وختمى فاشهدوا على بما فيه لا يجوز أن يشهدوا بما فيه وعن أبى يوسف اذا كتب بحضرة الشهود وأودعه الشاهد ولم يعرف الشاهد ما فيه وأمره أن يشهد بما فيه وسعه أن يشهد لانه اذا كان فى يده كان معصوما من التبديل واعلم أنه انما يجوز لهم أن يشهدوا فى المسئلة السابقة اذا كان الكتاب على الرسم المعروف ان كان على ورقة وعنون كما هو العادة فى الكتابة الى الغائب واذا شهد على ذلك النقد برفقال لهم لم أرد الاقرار والطلاق لا يدينه القاضى ويدين فيما بينه وبين الله تعالى أما لو رآه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل لهم أن يشهدوا بالدين لجواز كونه للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجارى به على ما يأتى ان شاء الله تعالى فى كتاب الاقرار

الشهادة بعد اشهاده لا يصح نهيه ويجوز له أن يشهد (قوله لكن تحملهم انما يصح بعيان ماهو حجة) أقول اذ لا فائدة فى تحمل ما لا يصير حجة ثم المراد من قوله ماهو حجة كونه حجة فى المآل (قوله والشهادة الى قوله بما هو حجة) أقول اذ لا علم لهم قبل النقل بكونها حجة فلعل القاضى لا يقبلها لامر لا يحيط به علم الشاهد (قوله ولكن توقفه على التحميل محتاج الى بيان) أقول ويمكن أن يبين بانه اذا لم يكن بل تعين نقل شهادة الاصول وظاهر أن نقلها تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية ضرر عليه ولا ضرر فى الاشهاد فلابد من التحميل كما فى سائر الولايات (قوله فلو سلكنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل الخ) أقول كيف يتحدان والشهادة صفة الفرع والتحميل صفة الاصل الا أن يقال انهما كالتعليم والتعلم والايجاب والوجوب وفيه نظر ثم الاشهاد على الشهادة تحميل كسائر الاشهادات لكن الكلام فى احتياج الشهادة الى الاشهاد (قوله لانا لانعنى بها الا ذلك) أقول يعنى على مذهبهما ثم نقول فيه بحث فان احتياج الشهادة على التحميل محتاج الى البيان بل يجوز أن يقال هو أول المسئلة

(ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد الا أن يتذكر الشهادة) لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له أن يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت قال

(قوله ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد الا اذا تذكر شهادته) التي صدرت منه فان لم يتذكر وجزم أنه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه للاقطع وكذا الخصاف ذكرها في أدب القاضي ولم يحك خلافا وانما حكى الخلاف الفقيه أبو الليث وغيره كشمس الائمة قال المصنف قيل هذا على قول أبي حنيفة وعندهما يحل له أن يشهد وقيل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه يعني رأى في ديوانه شهادة شهود أديت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجز له أن يحكم عنده وبه قال الشافعي ورواية عن أحمد وعند أبي يوسف ومحمد اذا وجده في قمطره تحت خاتمه يجوز أن يقضي به وبه قال مالك وأحمد في رواية وكذا اذا رأى قضيته أي رأى حكمه مكتوبا في خريطته وهي القمطرة ولم يتذكر أنه حكم فهو على هذا الخلاف فظهر أن المصنف حكى الخلاف فيما واحد ابنه وبينهما وشمس الائمة في أدب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في وجدان صحيفة الحكم وأما في شهادة الشاهد يجدها في صك وعلم أنه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ولم يتذكر ووجد سماعه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك وقد صارت الفصول ثلاثة وجدان القاضي الشهادة عنده أو حكمه ووجدان الشاهد خطه والراوي في الحديث قال محمد أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا وقال يعتمد الخط اذا كان معروفا وأبو يوسف في مسئلة القضاء والرواية أخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده أو يد أمينه وفي مسئلة الشهادة أخذ بالعزيمة لانه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير فلا يعتمد خطه وحاصل وجه غير أبي حنيفة في صور خلافهم ان وضع الخط ليرجع اليه عند النسيان والا فلا فائدة وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك بل صح أن تكون فائدته أن يتذكر برؤيته عند النسيان الا أني أرى أنه اذا كان محفوظا مأمونا عليه من التغيير كان يكون تحت ختمه في خريطته المحفوظة عنده أن يترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط ورأينا كثيرا تحاكي خطوطهم حتى اني رأيت ببلدة الاسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين الدماميني كان رحمه الله فقيها مالكيا شاعرا أديبا فصيحا وخط آخر بها شاهد يعرف بالخطيب لا يفرق الانسان بين خطيهما أصلا ودمامين بالنون بلدة بالصعيد ولقد أخبرني من أثق بصلاحه وخبره أنه شاهد رجلا كان معيدا في الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته في صك فأخذ من صاحبه عدوانا فكتب رجل مثله ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك أنه خطه وهذا قول أبي يوسف ويقتضي أنه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده منذ كتبه جاز أن يشهد اذا عرف أنه خطه ولم يذكر الحادثة وبهذا أجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه أن يشهد قال اذا كان الخط في حرزه يسعه أن يشهد وقال في المجرد قال أبو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا نعرف أن هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي أن ينفذ شيأ من ذلك فان أنفذه

قال (ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه الخ) الشاهد اذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له (أن يشهد لان الخط يشبه الخط) والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم (قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله) بناء على أنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء (وعندهما يحل له ذلك) رخصة (وقيل هذا) أي عدم حل الشهادة (بالاتفاق) وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده واشتبه في قمطره أي خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم (أو قضيته) أي وجد حكمه مكتوبا في خريطته كذلك فان أبا حنيفة رحمه الله لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة أشغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذ جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قمطره تحت ختمه فالظاهر أنه لم تصل اليه يد مغيرة والقاضي مأمور باتباع الظاهر (ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا) الاختلاف (اذا تذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وأنت) فانه

(قال المصنف وانما الخلاف الى قوله يؤمن عليه الخ) أقول قوله أو قضيته أي حكمه يعني فيما جوزه لان ما يكون الخ ودليل أبي حنيفة لعدم التجوز قد مر آنفا وهو مشابهة الخط للخط فلذلك لم يتعرض له هنا

قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل عند أبي حنيفة خلافا لهما قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه الخ) قد تقدم أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه (الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه أن يشهد بهذه الاشياء اذا أخبره بها من يثق به وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة) بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في أول الكتاب (وذلك بالعلم) أي المشاهدة وكأنه من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز أن يكون معناه

(ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه أن يشهد بهذه الاشياء اذا أخبره بها من يثق به) وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس

قاض غيره ثم اختصموا اليه فيه أنفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد أنه لو ذكر للقاضي أني أشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لم تقبل فانه لم يحك خلافا ولو نسي قضاء ولا سجل عنده فشهد شاهدان أنك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر أمضاه وان لم يتذكر فلا اشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك وقيل وأبو يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الاصل روايته للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله ونسيها أبو يوسف وهي ست فكان أبو يوسف رحمه الله لا يعتمد رواية محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع روايتها عنه كذا قالوا والله أعلم ان في تخريج المسائل الست اشكالا لان المذكور عند ذكرهم لهذه المسائل أن أبا يوسف أنكر وقال ما رويت لك عن أبي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما اذا صلى أربعا وترك القراءة في احدى الاوليين واحدى الاخريين انه يلزمه قضاء أربع فقال أبو يوسف ما رويت لك الا ركعتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الاصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الاصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الاصول ولا خلاف يحفظ فيه بين المحدثين والاصوليين أن رواية الفرع ترد في ذلك بخلاف ما اذا نسي الاصل ولم يجزم بالانكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد رحمه الله نعم اذا صح اعتبار ما ذكره عنه تخريجا على أصول أبي حنيفة يمكن (قوله ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه أن يشهد بهذه الامور اذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ويشترط كون الاخبار بلفظ الشهادة وفي الموت اذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق أو بتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قلما يشاهد حاله عند الموت الا واحد لان الانسان يهابه ويكرهه فاذا رآه واحد عدل وعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته أو دفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد أن يشهد بموته الا ان شهد موته أو سمع من شهد ذلك ذكره في الفتاوى والاكتفاء بالعدلين نقل عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمه الله لا يشهد حتى يسمع من جماعة وقال الخصاف في الكل حتى يسمع من العامة وتتابع الاخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب أن يسمع أنه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة وعندهما اذا أخبره عدلان انه ابن فلان تحل الشهادة

المشاهدة تكون بسبب من أسباب العلم (ولم يحصل فصار كالبيع) فانه لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة (ووجه الاستحسان أن هذه الامور الخ) فانه لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها الا هم

(قال المصنف ولا يجوز للشاهد الى قوله وولاية القاضي) أقول سيجيء في آخر هذه الصفحة جواز الشهادة في الاموال بالتسامع (قوله قد تقدم الخ) أقول في الدرس السابق (قوله وقد تقدم معناه) أقول حيث تكلم في أول كتاب الطهارة على اشتقاق الوجه من المواجهة وقال هناك الاشتقاق الكبير هو أن يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى ويجوز أن يكون الثلاثي مشتقا من المنشعبة بهذا الاشتقاق (قوله وكأنه من باب القلب) أقول يجوز أن يكون الباء للملابسة فلا قلب حينئذ (قوله ويجوز أن يكون الى قوله ولم يحصل) أقول السماع من أسباب علم المشاهدة وأبو

وقد حصل الا أن يقال الالف واللام عوض عن المضاف اليه أي من أسباب علم المشاهدة فليتأمل (قال المصنف وجه الاستحسان الى قوله خواص من الناس) أقول الظاهر أن اعتبار الاسباب لا يستقيم في غير النسب والقضاء الا أن يحمل على التغليب وفيه شيء

(وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) كالارث فى النسب والموت والنكاح وثبوت الملك فى قضاء القاضى وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب فى الدخول (فلولم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى ذلك) وهو باطل بخلاف البيع فانه مما يسمعه كل أحد فان قيل هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط فى الكتاب ولا علم فيما نحن فيه أجاب بقوله (وانما يجوز للشاهد) يعنى لا نعلم أن لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد (أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب) وبين ان العدد فيمن يثق به شرط وهو (أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم) وهذا على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبى حنيفة فلا تجوز الشهادة مالم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع فى قلبه صدق الخبر واذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط أن يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة علم شرعا لا يوجبها لفظ الخبر (وقيل يكتفى فى الموت باخبار واحد أو واحدة) فرقوا جميعا بين الموت والاشياء الثلاثة اى النكاح والولادة وتقليد الامام القضاء لان الغالب فيها أن تكون بين الجماعة أما النكاح فانه لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة فى الغالب وكذلك تقليد الامام للقضاء وأما الموت (فانه قلما يشاهد غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج) بخلاف النسب والنكاح (وقوله وينبغى أن يطلق أداء الشهادة) بيان لكيفية الاداء وينبغى أن يطلق ذلك فيقول فى النسب أشهد أن فلان بن فلان كما يشهد أن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما ابنا أبى قحافة والخطاب

و يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون فلولم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل أحد وانما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل فى الموت يكتفى باخبار واحد أو واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغى أن يطلق أداء الشهادة

وأبو بكر الاسكاف كان يفتى بقولهما وهو اختيار النسفى وفى النكاح لم يشترط المصنف معرؤية دخوله الى آخره أن يسمع من الناس أنها زوجته وكذا القضاء وذكر غيره وهو الحق ثم قول أحمد كقولنا فيما سوى الدخول وقول للشافعى ورواية عن مالك والمصنف لم يحك خلافا بل جعل قياسا واستحسانا فالقياس عدم الجواز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة فان الاشتقاق انتظام الصيغتين معنى واحد بعد اشتراكهما فى الحروف الاصول والمشاهدة منتفية يعنى القطع فلا تجوز كما فى البيع وغيره كما لو سمع بالاستفاضة أنه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك وذلك بسبب أنه لا طريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة وانما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضره غالبا الا الاقارب فاذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بامارات فان الوطء لا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضى لا يحضرها الا الخواص وانما يحضرون جلوسه وتصديه للاحكام واذا كانت العادة أن علم هذه الاشياء غالبا لا يحصل الا لبعض أفراد وان الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والاضاعة حقوق عظيمة تبقى على مر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت ويترتب عليها أمور كثيرة مثل العدة والاحصان وكمال المهر فى الدخول والحاسم لمادة الشغب الاجماع على وجوب الشهادة بان عائشة بنت أبى بكر رضى الله عنهما وأنها زوجة النبى صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وأن عليا رضى الله عنه ابن أبى طالب وعمر رضى الله عنه ابن الخطاب وأن شريحا كان قاضيا وان أبا بكر وعمر وعثمان وعليا رضى الله عنهم ماتوا وان لم نعاين شيأ من ذلك وحكى فى الخلاصة عن ظهير الدين فى الدخول لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة ونص الخصاف على أنه يجوز بالتسامع لانه أمر يشتهر بخلاف الزنا فانه فاحشة تستر (قوله وينبغى أن يطلق أداء الشهادة) فيشهد أنه ابنه أو أمير أو قاض أما اذا فسر للقاضى انه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته كما أنه اذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له وتقبل ولو فسر فقال لانى رأيتها فى يده فى وقت

(قال المصنف ويتعلق به أحكام تبقى على انقضاء القرون) أقول على بمعنى بعد كما يفهم من تقرير النهاية الا أنه لم يثبت ولعل ما ذكره صاحب النهاية بيان حاصل المعنى (قال المصنف أو باخبار من يثق به) أقول لعله عطف على قوله بالاشتهار فان ثبوت الشهرة باخبار عدلين لا يخلو عن بعد ثم بقى ههنا بحث لان اخبار من يثق لا يفيد حكم العلم والا لصح الشهادة بذلك فى البيع وأمثاله واشتراط التواتر يهدم أو يهدم مبنى الاستحسان ويمكن أن يراد بالعلم هو العلم الميسر فى حق المشهود به ففى حق هذه الاشياء القدر الميسر هذه المرتبة وفيما فوقها حرج بخلاف البيع وأمثاله (قوله يشترط أن يكون الاخبار) أقول أى اخبار عدلين

ولم يشاهد شيأ من ذلك (فأما اذا فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع لم تقبل كما أن معاينة اليد فى الاملاك تطلق الشهادة واذا فسر) بانه انما يشهد لانه رآه فى يده (لا تقبل كذلك هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضيا) وان لم يعاين تقليد الامام اياه (واذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل منهما الى الآخر انبساط الازواج) جازله أن يشهد بانها امرأته فان سأله القاضى هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بامهات المؤمنين أزواج النبى صلى الله عليه وسلم فعلى الرؤية أولى وقيل لا تقبل لانه لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضى أنه شهد به بالتسامع ولو قال أشهد لانى سمعت لا تقبل فكذا هذا (ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبله) لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قالا نشهد أن فلانا مات أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الاصح وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاف أنه يجوز لانه أمر تتعلق به أحكام مشهورة كما ذكرنا ففى عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله (ثم قصر الاستثناء فى الكتاب) بيان أن الشهادة بالتسامع هل هى محصورة فيما ذكر فى الكتاب أولا ففى ظاهر الرواية محصورة (وعن أبى يوسف رحمه الله آخرا أنه يجوز فى الولاء لانه بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب) والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مر فكذا على الولاء ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا مولى على وعكرمة مولى ابن عباس رضى الله عنهما وان لم ندرك ذلك (وعن محمد انها تقبل فى الوقف لانه يبقى على مر الاعصار) والجواب عن قول أبى يوسف أن الولاء يبتنى على ازالة ملك اليمين ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام تسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه بالتسامع

أما اذا فسر للقاضى انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد فى الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا فى يد غيره ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبله ثم قصر الاستثناء فى الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفى اعتبار التسامع فى الولاء والوقف وعن أبى يوسف رحمه الله آخرا انه يجوز فى الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد رحمه الله أنه يجوز فى الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه

من الاوقات لا تقبل وفى الفوائد الظهيرية شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العمدة لو قالا أخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعله الاصح واختاره الخصاف وفى فصول الاستروشنى لو شهدا على النكاح فسألهما القاضى هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لانه يحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كانهما قالا لم نعاين ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا هذا ولو شهدا أنهما دفناه أو قالا شهدنا جنازته تقبل ولو شهد بالموت واحد وآخر بالحياة تأخذ امرأته بشهادة الموت لانها تثبت العارض ذكره رشيد الدين فى فتاواه وفى الخلاصة لو أخبرها واحد بموته واثنان بحياته ان كان المخبر بالموت عدلا ويشهد أنه عاين موته أو جنازته وسعها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم قال هذا اذا لم يؤرخا فان أرخا وتاريخ شاهدى الحياة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهدى الحياة أولى وكذا بقتله انتهى وأطلق فى وصايا عصام الدين فقال شهدا أن زوجها مات أو قتل وآخران على الحياة فالموت أولى وفى فتاوى الفضلى شهد عندها عدل أن زوجها مات أو قتل أو ارتد والعياذ بالله هل لها أن تتزوج روايتان فى السير لا يجوز وفى الاستحسان يجوز * ومن فروع التسامع فى فتاوى النسفى قال رجل لامرأة سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت ثم أخبرها جماعة انه حى ان صدقت الاول يصح النكاح وفى المنتقى لم يشرط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط وقد يخال ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق بان ذلك فى حل اقدامها وعدمه وهذا بعد أن تزوجت واستحقها الزوج الثانى ظاهرا والشئ بالشئ يذكر اذا أخبرها واحد عدل أو شهد عند وليها بان زوجها طلقها أو مات عنها او وقع فى قلبها صدقه لها أن تعتد وتتزوج وذكر رشيد الدين أيضا فيه انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما أو من العمال أما اذا كان تاجرا أو من هو مثله لا تجوز الا بالمعاينة (قوله ثم قصر الاستثناء فى الكتاب) أى استثناء القدورى حيث قال الا فى النسب الى آخر الاشياء الخمسة ينفى اعتبار التسامع فى الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما وعن أبى يوسف تجوز فى الولاء

(قال المصنف أما اذا فسر للقاضى الى قوله لم تقبل شهادته) أقول لان اسناده لضعف دليل يريد أن يجعل العهدة على غيره (قوله فعلى الرؤية أولى) أقول فتحمل شهادته على أحدهما (قوله لانه الى قوله انه شهد به بالتسامع) أقول فيه بحث لانه يجوز أن يشهد بالرؤية (قوله ولو قالا الخ) أقول المسئلة فى النهاية نقلا عن صاحب العمدة (قوله ان الولاء يبتنى على ازالة ملك اليمين الخ) أقول يعنى ازالته بالاعتاق

الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الائمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ الى أنها لا تحل فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في أصله (٢٣) وهو اختيار شمس الائمة السرخسي دون شرائطه لان أصله هو الذي يشتهر ولابد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة (قال ومن كان في يده شئ الخ) رجل رأى عينا في يد آخر ثم رآها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه أن يشهد بانه للمدعي لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين البيع أو غيره من الاسباب لا يعلم ملك

وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه لان أصله هو الذي يشتهر قال (ومن كان في يده شئ سوى العبد والامة وسعك أن تشهد أنه له) لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها

بالتسامع رجع اليه وكان أولا يقول كقول أبي حنيفة ومحمد لا تجوز الا أن يسمعا العتق ثم رجع الى انه تجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب تجوز بالتسامع فكذا في الولاء ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا مولى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ونافعا مولى ابن عمر وبلالا مولى أبي بكر الصديق ولهما أنه ينبني على العتق والعتق لكونه قولا يسمع وكثيرا ما يقصد الاشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما ينبني عليه وليس تجويزنا بالسماع لكون الشئ مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا من أن النسب لا يرى اذ لا يرى العلوق وكذا تقليد القاضي القضاء الا الخواص والموت والباقي فيؤدي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاخبار الحق وهذا بناء على أن لا خلاف في العتق انه لا تقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق أيضا عند أبي يوسف تجوز بالتسامع خلافا لهما وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي وشرط الخصاف في الولاء على قول أبي يوسف شرطا لم يذكره محمد في المبسوط فقال انما تقبل اذا كان العتق مشهورا وللعتق أبوان أو ثلاثة في الاسلام قال المصنف (وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في أصله) وقال الاقطع في شرحه قال محمد تجوز وقوله لان أصله هو الذي يشتهر ليس بذلك الوجه في التوجيه انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الاعصار تبيد الشهود والاوراق مع اشتهار وقفيته فيبقى في البقاء سائبة ان لم تجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة الى ذلك وقوله فالصحيح الخ احترازا عن قول طائفة من المشايخ قال في الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم تحل وقال بعضهم لا تحل ومن المشايخ من قال تجوز على أصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي أن تقبل ونص عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لابد من ذكر الواقف واذا شهدوا أن هذه الضيعة وقف ولم يذكروا الجهة لا تجوز ولا تقبل بل يشترط أن يقولوا وقف على كذا ثم قال وما ذكرهنا وفي الاصل صورته أن يشهدوا بالتسامع أنها وقف على المسجد أو المقبرة ولم يذكروا انه يبدأ بغلتها فيصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا لا يشهد على هذا الوجه بالتسامع وهكذا قال المرغيناني قال لابد من بيان الجهة انه وقف على المسجد أو المقبرة وما أشبه ذلك حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته قال وتأويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انه لا ينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة أن يشهد أنه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك في شهادته لا تقبل ذكره في الذخيرة وذكر في المجتبى والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضا وأنت اذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنها يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع (قوله ومن كان في يده شئ الخ) صورتها رأى عينا سوى ما استثناه في يد انسان ثم رآها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه أن يشهد للمدعي لان الملك يعرف

(قوله مقام البينة) أقول الظاهر أن يقال مقام المعاينة (قوله ويدل عليه عبارة الكتاب) أقول يعني قصر الاستثناء (قوله وقال بعضهم تقبل في أصله) أقول في شرح الوقاية لصدر الشريعة والمراد باصل الوقف ان هذه الضيعة وقف على كذا فبيان المصرف داخل في أصل الوقف (قال المصنف ومن كان في يده شئ سوى العبد والامة) أقول ولعله انما لم يقل ومن عاين في يد رجل شيأ وسعه أن يشهد ليشمل الصورة الثالثة اذ لا معاينة فيها (قال المصنف لان اليد الى قوله في الاسباب كلها) أقول قال في الكافي لان أقصى ما في الباب أنه يعاين أسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما لكن البيع انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وكذا الهبة وانما يعرف كون المبيع ملكا للبائع والموهوب ملكا للواهب بيده بلا منازعة انتهى فان قيل بل يعرف كونها ملكا بتصرف ذي اليد بيعا وهبة لا بمجرد اليد قلنا التصرف في صورة الارث وهو يكفينا في نفي قول الشافعي

المشتري الا ملك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد وأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانه اذا لم تجز بحكم اليد انسد بابها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له لان الاصل في الشهادة العلم بالنص وعند تعذره وذلك يصار الى ما يشهد به القلب (قالوا ويحتمل أن يكون هذا) أي ما ذكر من شهادة القلب (تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية) وهو قوله وسعك أن تشهد أنه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافيا في الشهادة لقبلها القاضي اذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك وأجيب بانا جعلنا العيان مجوزا للشاهد أن يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا واما أن يلزم القاضي العمل به فلم يلتزمه ولهذا قلنا ان الرجل اذا كان في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها وأراد ذو اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري أن يكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سببا للوجوب (وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا) وهو الخصاف (لان اليد متنوعة الى انابة وملك) فلا تفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها

فيكتفى بها وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا الاطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمه الله لان اليد متنوعة الى انابة وملك

بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه لان غاية ما يمكن فيه أن يعاين سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث وشيء من هذه الاسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الاول وعن أبي يوسف أنه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له وفي الفوائد الظهيرية أسند هذا القول الى أبي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المصنف قالوا يعني المشايخ يحتمل أن يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد ويحتمل أن يكون قوله قول الكل وبه نأخذ وقال أبو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجهه أن الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فعند تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا رأى انسان درة ثمينة في يد كناس أو كتابا في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف وهو قول مالك لان اليد تتنوع الى ملك ونيابة وضمان قلنا وكذا التصرف أيضا لم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي أن يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة مجوز لها لا موجب على الشاهد أن يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت دار في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك بالعمارة والهدم ونحو ذلك بيعت دار الى جانبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يقضي القاضي له بذلك وان ثبت عنده أنها في يده يتصرف فيها اذا أنكر المشتري أن الدار التي في يده ملكه

(قال المصنف فيكتفى بها) أقول قال العلامة النسفي في الكافي وينبغي أن لا يقيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد حتى لو بين ذلك يرد كما مر في التسامع لان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة بالملك لا موجب والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة انتهى وفيه بحث لم لا يجوز أن يكون كالقضاء بشهادة الفاسق كما سبق فتأمل والقول الفصل والكلام الجزل في شرح الكنز للزيلعي وعبارة الكنز وان فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا يقبل انتهى وعبارة الزيلعي أي فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لا تقبل شهادته لان التسامع أو الرؤية في اليد مجوز للشهادة والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة أو اطلاق لاحتمال المشاهدة ما اذا كانت عن تسامع أو رؤية في يده فلا يجوز أن يحكم بها الا يرى أنه لا يجوز أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤيته نفسه في يد انسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره وهذا لان القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب فكذا ينبغي أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به الا أنا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس انتهى فليفهم فان فيه نفعا في هذا المقام حيث ينجلي بها ظلمات الاوهام قال في النهاية ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك يحل للقاضي أيضا القضاء به حتى ان القاضي لو عاين يده في حال قضائه يحل له أن يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد انتهى ولا تتوهمن المخالفة بين ما ذكره الزيلعي وما في النهاية فان ما في شرح الكنز هو ما اذا رأى القاضي قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه في يد غيره كما لا يخفى (قوله لئلا يلزم انسداد باب الشهادة) أقول كيف يلزم الانسداد اذا شرط معها ما ذكره أبو يوسف والخصاف (قوله لان العيان ليس سببا للوجوب) أقول قال في النهاية لكنه ليس سببا للجواز انتهى فيه بحث (قال المصنف لان اليد متنوعة الى انابة وملك) أقول لعل المراد من الانابة النيابة وقد فسرت بها في فصل القضاء بالمواريث وفي الكافي لان اليد تتنوع الى ملك وامانة وضمان

الجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم (ثم) هذه (المسئلة على وجوه) أربعة بالقسمة العقلية لانه اما أن يعاين الملك والمالك أولم يعاينهما أو عاين الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه أنه له حل له أن يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه ولم يعرفه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس أن لا تحل له الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم ألا ترى أن صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بأنه يستلزم

الشهادة بالتسامع في الاموال وهي باطلة وأجيب بأن الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا وهو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به (قوله وأما العبد والامة مردود الى قوله سوى العبد والامة) وتقريره أن الرجل اذا رأى عبدا أو أمة في يد شخص فلا يخلو اما أن يعرف رقهما أولا فان كان الاول حل له أن يشهد أنهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه

قلنا والتصرف يتنوع أيضا الى نيابة وأصالة ثم المسئلة على وجوه ان عاين المالك الملك حل له أن يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما أو عاين المالك دون الملك لا يحل له وأما العبد والامة فان كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه

لان العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز (قوله ثم ان عاين الملك الخ) حاصله أن المسئلة على أربعة أوجه الاول ان يعاين الملك والمالك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازع ثم رآه في يد آخر فجاء الاول وادعاه وسعه أن يشهد له وظهر أن المراد بالملك المملوك الثاني أن يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس أن لا تجوز لان الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان أن الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع أيضا وأورد عليه أنه يلزم أن تكون الشهادة بالملك بالتسامع وأجيب بان الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز وهنا كذلك لانه سمع أن هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا المتضمن ولا يخفى أن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله أعلم وعلى هذا قال الناطفي فان كان المالك امرأة لا تخرج ولا يراها الرجال فان كان الملك مشهورا أنه لها جاز أن يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة الثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك بل سمع أن لفلان بن فلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة الرابع أن يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع أن له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود (قوله وأما العبد والامة) يعني اذا عاينهما في يد انسان يخدمانه اذا كان يعرف أنهما رقيقان جاز له أن يشهد أنهما ملكه سواء كانا صغيرين أو كبيرين لانهما

(قال المصنف قلنا والتصرف يتنوع أيضا الى نيابة وأصالة) أقول فيه ان شبهة الشبهة غير معتبرة بل الشبهة واحتمال كون التصرف نيابة من قبيل الاول دون احتمال التصرف فلا يثبت به الملك فليتأمل في أن محل النزاع من قبيل الشبهة وشبهة الشبهة أم لا (قوله وضم محتمل الى محتمل يزيل الاحتمال) أقول فيه تأمل فان ضم الخبر المحتمل للكذب الى مثله قد يفيد نفي الاحتمال كما في الاخبار المتواترة (قوله بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه) أقول ليس معرفة الاسم والنسب مما يدخل في المعاينة لتحققهما بدونها (قوله وأجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال الخ) أقول فيه بحث فان المقصود بالشهادة ليس النسب بل الملك في الضيعة والظاهر في الجواب بطلانها جواب القياس وهذا جواب الاستحسان كي لا تضيع الحقوق (قوله والتسامع انما هو بالنسبة الخ) أقول لان الشاهد اذا سمع أن هذا الملك المحدود منسوب الى فلان بن فلان فان الذي يستفيده أولا من سماع هذا الكلام هو العلم بنسب المنسوب اليه وعلمه بما تضمنه الكلام من نسبة الملك اليه انما هو في المرتبة الثانية اذ لا تعرف النسبة الا بعد معرفة المنتسبين

وان كان الثانى فاما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما أو كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما على أنفسهما وان كان الثانى وهو من يعبر عن نفسه عاقلا غير بالغ كان أو بالغا فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد والامة فان اليد فى ذلك لا تدل على الملك لانهما فى أيدى أنفسهما وذلك يرفع يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبى الذى يعقل ان أقر بالرق على نفسه لغيره جاز و يصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه واعترض بأن الاعتبار فى الحرية والرق لو كان التعبير عنهما عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر فى يد من يدعى رقهما وأجيب بأنه انما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للولى فى الصغر وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب وكذا روى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد دليلا على الملك فى الكل ألا ترى أن من ادعى عبدا أو أمة فى يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول لذى اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما فى الثياب والدواب والفرق

ما بيناه وهو قوله لان لهما يدا على أنفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله تعالى أعلم

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع فى بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع وقدم ذلك على هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجته يترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح وهى قد تكون لمعنى فى الشاهد كالفسق فان من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه أيضا فكان متهما بالكذب وقد تكون لمعنى فى المشهود له من قرابة مرة يتهم بها بايثار المشهود له على المشهود عليه كالولادة وقد تكون لخلل فى أداء التمييز كالعمى المفضى الى تهمة الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود فى القذف قال الله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون

وان كان لا يعرف أنهما رقيقان الا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن أبى حنيفة رحمه الله انه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله أعلم

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

بوصف الرق لا يد لهما على أنفسهما وقد شوهدا فى يد غيرهما فكان كرؤية ثوب فى يده وان لم يعرف رقهما فان كانا صغيرين أى لا يعبران عن أنفسهما فكذلك يجوز أن يشهد له بملكهما لما ذكرنا أنهما لا يد لهما على أنفسهما وان كانا كبيرين أى يعبران عن أنفسهما سواء كانا صبيين عاقلين أو بالغين به صرح المحبوبى فهو مصرف الاستثناء فى قوله سوى العبد والامة لان لهما يدا على أنفسهما فتدفع الغير عنهما حتى ان الصبى الذى يعقل لو أقر بالرق على نفسه لغيره جاز اقراره و يصنع المقر له به ما يصنع بمملوكه واذا كان ممن يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك اذ الحر قد يخدم الحر خدمة العبيد وهذا الاحتمال يهدر اذا كانا لا يعبران عن أنفسهما فأما اذا كانا لذلك أهلا فلا يزال اعتباره الا باقرارهما بالرق فان لم يقرا لا تثبت الشهادة عليهما به وانما لا تقبل دعواهما الحرية بعدما كبرا فى يد من هما فى يده لظهور الرق عليهما باليد فى حال صغرهما هذا وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد فى الكبيرين أيضا وكذا عن أبى يوسف ومحمد فجعلوا اليد فى الكل دليلا على الملك بدليل أن من ادعى عبدا أو أمة فى يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول لذى اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده عليه وقوله والفرق ما بينا يريد كون يدهما على أنفسهما فتدفع اليد عنهما

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما ذكر تفصيل ما يسمع من الشهادة شرع فى بيان من تسمع شهادته وأخره لان المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته والاصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة تثبت

(قال المصنف وان كانا كبيرين فذلك) أقول فى الكافى أو صغيران يعبران عن أنفسهما انتهى والظاهر أن المصنف أراد بالكبير هنا من يعبر عن نفسه سواء كان بالغا أم لا كما يشير اليه صاحب العناية

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

(قوله والشروط مقدمة على المشروط) أقول المشروط هو الشهادة لا من يسمع منه الشهادة (قوله وأصل رد الشهادة الخ) أقول لا دلالة فيه على الاصالة (قوله وقد تكون لمعنى فى المشهود له من قرابة الخ) أقول أو ملك أو شركة فنفى التخصيص بالقرابة بحث (قوله يتهم بايثار المشهود له) أقول أى يتهم الشاهد (قوله وقد يكون بالعجز عما جعل الخ) أقول وهو الاتيان بأربعة شهداء

قال (ولا تقبل شهادة الاعمى الخ) شهادة الاعمى اما أن تكون فى الحدود والقصاص أولا فان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثانى فاما أن تكون فيما يجرى فيه التسامع كالنسب والموت أولا فان كان الاول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن أبى حنيفة وان كان الثانى فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند أبى يوسف والشافعى وان انتفى أحدهما لم تقبل بالاتفاق فالمعتبر عند أبى يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمى بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء أما عدم القبول فى الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة فى حق الاعمى يقوم مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير وأما وجه قول زفر فهو أن الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب أن من لا تقبل شهادته فيما لا يجرى فيه التسامع لا تقبل فيما يجرى فيه ذلك كالصبى والمجنون وسيأتى جواب آخر وأما وجه قول أبى يوسف والشافعى فهو أن العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل فى القول لان لسانه غير موف فكان المقتضى لصحة تحمل والاداء موجودا والمانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت اذا شهدا على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر نسبته والجواب لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله أنا لا نسلم أن القول يستبد بتحصيل الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه أى فى النغمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان بالشهود البصراء كثرة وفيهم

غنية عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لاجل كتاب القاضى الى القاضى فانها تقبل ولا اشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى وفى قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعى وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته والى الجواب عما يقال قد اعتبرتم النغمة مميزة للاعمى فيما هو أعظم خطرا من الاموال وهو وطء زوجته وجاريته فانه لا يميزهما عن غيرهما الا بالنغمة وذلك تناقض وتقريره أن الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورات بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وفيه اشارة أيضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص فى كون النسبة غير مفيدة

(قال ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجرى فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما فى الشهادة على الميت ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء

مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة (قوله ولا تقبل شهادة الاعمى) مطلقا سواء عمى قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أو لا تجوز (وقال زفر وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تقبل فيما تجوز فيه بالتسامع لان الحاجة فيه للسماع ولا خلل فى سمعه) وهو قول الشافعى ومالك وأحمد والنخعى والحسن البصرى وسعيد بن جبير والثورى وتقبل فى الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع وقال أبو يوسف تجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفى فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل ثم عمى عند الاداء اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعى ومالك وأحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت (ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له وعليه) وهو منتف عن الاعمى الا بالنغمة (وفيه) أى فى التمييز بالنغمة (شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود)

(قال المصنف ولا تقبل شهادة الاعمى) أقول ولو قبل القاضى شهادة الاعمى وحكم بها يصح حكمه لانه مجتهد فيه حيث قال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير (قوله لم تقبل بالاتفاق) أقول المراد اتفاق مالك والا فعنده مقبولة قياسا على قبول روايته (قال المصنف ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء) أقول وقال أبو يوسف لا يمتنع بل يقضى بها لانها أديت بشرائطها فلا يتغير بالحادث بعده كما لو مات الشاهد أو غاب وقال صدر الشريعة وقول أبى يوسف أظهر (قوله والجواب أن من لا تقبل شهادته الخ) أقول ولزفر أن يمنع ذلك والفارق بين محل النزاع والمقيس عليه ظاهر اذ ليس واحد منهما أهل الولاية بخلاف الاعمى (قوله وسيأتى جواب آخر) أقول فى قوله ولنا أن الاداء يفتقر الخ (قوله والمانع وهو عدم التعريف الخ) أقول الظاهر أن يقال والشرط وهو التعريف موجود (قوله وفيه أى فى النغمة الخ) أقول ويجوز اعادة الضمير الى التمييز بالنغمة فلا حاجة الى التأويل (قوله والمراد بالتمييز بالاشارة الخ) أقول فيؤول الكلام الى نوع مصادرة (قوله فصار كالحدود والقصاص) أقول عدم قبول شهادة الاعمى فيهما لانهما لا يثبتان بما يقوم مقام الغير كما مر وليس كذلك الاموال ألا يرى أنها تثبت بالنسبة فى كتاب القاضى الى القاضى مثلا فكيف يلحق بهما

عنـد أبي حنيفة ومحمـد رحمهما الله لان قيام أهليـة الشهادة شرط وقت القضاء لصير ورتها حجة عنده وقـد بطلت وصار كما اذا خرس أوجن أوفسق بخـلاف ما اذا ماتوا أوغابوا لان الاهليـة بالموت قد انتهت وبالغيبـة ما بطلت (قال ولا المملوك) لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسـه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره

فلم تقع ضرورة الى اهدار هـذه التهمة بخـلاف وطء الاعمى زوجته وأمتـه فانه لا يمكن التحرز عنـه بجنس النساء فاهـدرت دفعا للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنـه بجنس الشهود على أن الاشارة ثم تقـع الى وكيـل الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامـه ولا حاجـة الى الالحاق بالحـدود من جهـة أن شهادة الاعمى لا تقبـل فيها بالاجماع بل ما تقـدم يكفي اذ الرد بتهمة ما في الحـدود لا يسـتلزم الرد بمثلها في غـيرها لان تلك يحتاط في درءا لحكم فيها وأما الاسـتدلال بما روي عن علي رضي الله عنـه أنه رد شهادة الاعمى فيقول أبو يوسف هـذه واقعة حال لا عموم لها لجواز كونه كان في حد ونفيـه وقيـد في الذخيرة قول أبي يوسـف بما اذا كانت شهادته في الدين والعقار أما في المنقول فاجمع علماؤنا أنها لا تقبـل واستشـكل بكتاب القاضي الى القاضي فان الشهود لا يشير ون الى أحـد وتقبـل وأجيب بان الشهود فيـه يعرفون المشهود عليـه ويقولون لو رأيناه عرفناه والاعمى لا يعرفه اذ لو رآه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل وأيضا فنقول كتاب القاضي الى القاضي للضرورة والحاجـة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الاعمى لما ذكرنا من امكان الاسـتغناء عنه بجنس الشهود هذا قال فلو أدى بصيرا ثم عمي قبل القضاء امتنع القضاء عنـد أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام الاهليـة شرط وقت القضاء لصير ورة الشهادة حجـة عنده أي عنـد القضاء لانها انما تراد للقضاء فما يمنع الاداء يمنع القضاء والعمى والخرس والجنون والفسـق يمنع الاداء فيمنع القضاء وأبو يوسف قاسـه بما اذا غاب الشاهد بعد الاداء قبل القضاء أو مات قلنا بالموت انتهت الشهادة وتمت وبالغيبـة ما بطلت بخـلاف العمى فانه مبطل لها وفي المبسوط انه لا تجوز شهادة الاخرس بإجماع الفقهاء لان لفظـة الشهادة لا تتحقق منـه ونقض بان الاصح من قول الشافعي رحمه الله تقبل اذا كانت فيـه اشارة مفهومـة وبقولنا قال مالك وأحمـد وهو قول للشافعي ولا شك في تحقق التهمة في الاشارة فهو أولى بعـدم القبول من الاعمى لان في الاعمى انما تتحقق التهمة في نسـبته وهنا تتحقق في نسبته وغـيره من قدر المشهود به وأمور أخر (قوله ولا تقبل شهادة المملوك) أي الرقيق وبه قال مالك والشافعي وقال أحمـد تقبـل على الاحرار والعبيـد وهو قول أنس بن مالك رضي الله عنـه وهو قول عثمان البتي واسحق وداود وعن علي رضي الله عنـه تقبـل على مثـله لا الاحرار والمعول عليـه في المنع عـدم ولايته على نفسه وما هو الا معنى ضـعيف بعد ثبوت عدالة العبـد وتمام تمييزه وعدم ولايتـه على نفسـه لعارض يخصه من حق المولى لا لنقص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطـه فلا مانع وأما ادعاء الاجماع على عـدم قبوله فلم يصح قال البخاري في صحيحـه وقال أنس رضي الله عنـه شهادة العبـد جائزة اذا كان عدلا وأجازه شريح وزرارة بن أبي أوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبـد لسيده وأجازه الحسـن وابراهـيم وقال شريح كلكم بنو عبيـد واماء الى هنا لفظ البخاري ولا تقبـل شـهادة الصبي عندنا وهو قـول مالك والشافعي وأحمـد وعامة العلماء وعن مالك تقبل في الجراح اذا كانوا مجتمعين لامر مباح قبل أن يتفرقوا وروي ذلك عن ابن الزبير رضي الله عنـه والوجه أن لا تقبل لنقصان العقل والتمييز ورعا بما تقدم اعلامـه بعدم التـكليف * فروع اذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فاداها بعـد العتق قبلت كالصبي اذا تحمل فادى بعد البلوغ وكـذا الذمي اذا سمع اقرار المسلم ثم أسلم فأدى جاز

للتعريف وأما وجه أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لمنع القضاء بالعمى الطارئ بعد الاداء فهو أن شرط القضاء قيام أهليـة الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجـة عنـده ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس أو جن أو فسـق فانهـم أجمعوا على أن الشاهد اذا خرس أو جن أو ارتد بعـد الاداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته والامر الكلي في ذلك أن ما يمنـع الاداء يمنـع القضاء لان المقصود من أدائها القضاء وهـذه الاشياء تمنع الاداء بالاجماع فتمنع القضاء والعمى الطارئ بعد التحمل يمنع الاداء عندهـما فيمنع القضاء وعنـد أبي يوسف لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء (قـوله بخـلاف ما اذا ماتوا أو غابوا) جـواب عما يقال لا نسـلم ان قيام الاهليـة وقت القضاء شرط فان الشاهـد اذا مات أو غاب قبـل القضاء لا يمنع القضاء ولا أهليـة عنـده ووجـه ذلك أن الاهليـة بالموت انتهت والشئ يتقـرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت (قال ولا المملوك الخ) لا تقبـل شهادة المملوك لان الشهادة ولاية متعـدية وليس له ولاية قاصرة فأولى أن لا يكون له ولاية متعدية

(قال المصنف ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية) أقول الوكالة ولاية كما يعلم من أوائل باب عزل الوكيل والعبد محجورا كان أو مأذونا تجوز وكالته فتامل في جوابه (قوله

(ولا المحدود فى قذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود فى غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعى رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى مايليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون

(قوله ولا المحدود فى قذف وان تاب) وقال الشافعى ومالك وأحمد تقبل اذا تاب والمراد بتوبته الموجبة لقبول شهادته أن يكذب نفسه فى قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان فى قول يعتبر لقوله تعالى الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا وقيل لا لان عمر رضى الله عنه قال لابى بكرة تب أقبل شهادتك وقد يجاب بان أبا بكرة كان من العباد وحاله فى العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق الا التوبة باكذاب نفسه وأصله أن الاستثناء فى قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى الجملة الاخيرة أو الى الكل والمسئلة محررة فى الاصول وهى أن الاستثناء اذا تعقب جملا متعاطفة هل ينصرف الى الكل أو الى الاخيرة عندنا الى الاخيرة وقد تقدم ثلاث جمل هى قوله تعالى فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون والظاهر من عطف ولا تقبلوا أنه داخل فى حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأبيد أما المناسبة فلان رد شهادته مؤلم لقلبه مسبب عن فعل لسانه كما أنه آلم قلب المقذوف بسبب فعل لسانه بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم جلد مائة وتغريب عام فانه لا يناسب الحد لانه ربما يصلح مانعا فى المستقبل من فعله والتغريب سبب لزيادة الوقوع لانه لغربته وعدم من يعرفه لا يستحى من أحد يراقبه فاذا فرض أن له داعية الزنا أوسع فيه وكذا قيد التأبيد لا فائدة له الا تأبيد الرد والا لقال ولا تقبلوا لهم شهادة وأولئك هم الفاسقون جملة مستأنفة لبيان تعليل عدم القبول ثم استثنى الذين تابوا وهذا لان الرد على ذلك التقدير ليس الا للفسق ويرتفع بالتوبة فلا معنى للتأبيد على تقدير القبول بالتوبة وأما رجوع الاستثناء الى الكل فى قوله تعالى فى المحاربين أن يقتلوا أو يصلبوا الى قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم حتى سقط عنهم الحد فلدليل اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل أن تقدروا عليهم فانه لو عاد الى الاخيرة أعنى قوله تعالى ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل أن تقدروا عليهم فائدة للعلم بان التوبة تسقط العذاب ففائدة قوله تعالى من قبل أن تقدروا عليهم ليس الا سقوط الحد وهذا لانا انما نقول بعود الاستثناء الى الاخيرة فقط اذا تجرد عن دليل عوده الى الكل فاما اذا اقترن به عاد اليها كما يقول هو ان عوده الى الكل اذا تجرد عن دليل عوده الى الاخيرة فقط ولو اقترن به عاد اليها فقط وحينئذ فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لانها لم تقترن بما يوجب أن الرد من تمام الحد فكان قياسا فى مقابلة النص لا يقال رد الاستثناء الى الجملة الاخيرة ينفى الفائدة لانه معلوم شرعا أن التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية لانا نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلا بل سمعا وذلك بايراد مايدل عليه من السمع وهذا منه وكون آية أخرى تفيده لا يضر للقطع بان طريق القرآن تكرار الدوال خصوصا اذا كان مطلوب التأكيد كاقيموا الصلاة وقد تكرر قوله تعالى الا الذين تابوا لذلك الغرض ففى آية الا الذين تابوا الى قوله فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم وفى أخرى الا من تاب وآمن الى قوله تعالى

(ولا المحدود فى قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا) ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له والتنصيص عليه ينافى القبول فى وقت ما وأن معنى قوله لهم أى للمحدودين فى القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا فى قذف ولانه يعنى رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالاصل (قوله بخلاف المحدود فى غير القذف) جواب عما يقال المحدود فى القذف فاسق بقوله تعالى وأولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود فى غير القذف ووجه ذلك أن رد الشهادة ان كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود فى غير القذف وأما اذا لم يكن كذلك كالمحدود فى القذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذ الحكم الثابت له التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا الا النهى عن القبول وقال الشافعى رحمه الله تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا الا الذين تابوا والجواب أنه منصرف الى مايليه وهو قوله وأولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على ماقبله لان ماقبله طلبى وهو اخبارى

(قوله وان معنى الى قوله عن كونه محدودا فى قذف) أقول لعل مراده أن نسبة أمر الى المشتق تفيد علية المأخذ فمعنى الآية ولا تقبلوا شهادتهم لكونهم محدودين فى القذف وفى التوبة لا تزول هذه العلة فكذا معلولها قال المصنف (ولانه من تمام الحد) أقول دليل على المدعى مع قطع النظر عن لفظة أبدا بخلاف الدليل الاول (قال المصنف لان الرد للفسق) أقول لا لانه من تمام الحد (قوله اذ الحكم الثابت له التوقف الخ) أقول فيه تأمل اذ لا منافاة بين التوقف والنهى عن القبول وسيجىء فى شهادة أهل الذمة فى هذا الباب ما يؤيد ما قلنا

فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى وبالوالدين احسانا قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر وهو يؤكد الاخبارية سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكنه كان اذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر سلمناه لكنه كان أبدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود سلمناه لكن جعله مجازا ليس باولى من جعل الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا أولى دفعا للمحذورات وتمام العثور على هذا المبحث يقتضي مطالعة تقريرنا في تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة قوله (ولو حد الكافر) يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا أسلم جازت شهادته مطلقا الان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحد في القذف كان رد شهادته من تتمة حده و بالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة الا ما كان بعد العتق فجعل ردها من تمام حده وطولب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام و بين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف قائما في حقه الى حصول أهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائما الى حصول نفوذ الولاية وفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه واعترض على كلام المصنف بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد الشهادة أيضا لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد وأما اذا قذف الكافر مسلما ثم أسلم فحد في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيدا والجواب أن فائدته تطبيق المسئلتين في عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحوج الى الفرق وأما أن الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما أنها لا تقبل قبله فلا منافاة فيه قال

الجملة

أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن (ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته) لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد اذا حد ثم أعتق لانه لا شهادة للعبد أصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق

فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيأ وفي أخرى الا من تاب الى قوله تعالى فأولئك يبدل الله سيآتهم حسنات ومواضع أخرى عديدة ولم يسع أن يقال في أحدها قد عرف هذا بآية أخرى فلا فائدة في هذا الا من أقدم على الكفر والعياذ بالله تعالى وانما كان هذا منه تعالى رحمة للعباد ليؤكد هذا المعنى ولانه اذا لم يذكره الا في موضع واحد فعسى أن لا يسمعه بعض الناس فاذا تعددت مواضعه فمن لم يسمع ثلاث الآية سمع ثلاث ومن لم يسمع ثلاث سمع أخرى فكان في تعداد افادة هذا المعنى نصب مظنة علمه لكل أحد مع تأكيد جانب عفوه لا نحصي ثناء عليه وأما ما عن عمر رضي الله عنه أنه قال لابي بكرة تب أقبل شهادتك ففي ثبوته نظر لان راويه عمر و بن قيس ولو تركنا النظر في ذلك كان معارضا بما قاله لابي موسى الاشعري في كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف أو مجربا في شهادة زور أو ظنينا بقرابة وقد قدمناه عنه عليه السلام من رواية ابن أبي شيبة قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وبقولنا قال سعيد بن المسيب وشريح والحسن وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير وهكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنهم قال المصنف (أو هو استثناء منقطع) وذلك لان التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكانه قيل وأولئك هم الفاسقون لكن الذين تابوا فان الله غفور رحيم أي يغفر لهم و يرحمهم واذا كان الرد من تمام الحد لكونه مانعا أي زاجرا يبقى بعد التوبة كاصله أي كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذا ما كان تماما له وفي المبسوط الصحيح من المذهب عندنا أنه اذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته (قوله ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة) في

(قوله فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي الخ) أقول أي بمعنى فسقوا فتقدير الكلام حينئذ فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وفسقوهم ويكون ايثار صيغة الاخبار للمبالغة (قوله كما في قوله وبالوالدين احسانا) أقول حيث أول بأحسنوا (قوله سلمناه لكنه كان اذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة) أقول لا يلزم من كونه جزاء أن يكون حدا فان الحد هي العقوبة المقدرة وعدم قبول الشهادة ليس كذلك مع أن أصل الحد هنا يسقط بعفو المقذوف واحلاله المشار اليه بقوله تعالى وأصلحوا فان من جملة الاصلاح الاستحلال أشير اليه في التلويح (قوله لكنه كان أبدا مجازا الخ) أقول فيه بحث فانه باق على حقيقته في حق غير التائب الذي هو الباقي بعد الثنيا والنهي عن القبول بالنسبة الى شهادتهم فليتأمل (قال المصنف أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن) أقول قال العلامة النسفي في الكافي لان التائبين ليسوا من الفاسقين فكان معناه ولكن الذين تابوا فان الله يغفر لهم ذنوبهم ويرحمهم فكان كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله انتهى وفي قوله لان التائبين الخ بحث ظاهر اذ له أن يقول الاستثناء من قوله أولئك وهو الظاهر كما في أمثاله (قوله في الاستدلالات الفاسدة) أقول في باب وجوه الوقوف على أحكام النظم (قوله والقذف موجب في حق الاصل) أقول أراد من الاصل الجلد

(قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه وأجداده) والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة قال العبد الضعيف

الجملة فكان ردها من تمام شهادته وبالاسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة اذ ذاك فلزم كون تتميم حده برد الشهادة التي تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنى في دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب في العبد الى أن أمكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام أجيب بان الزنا في دار الحرب لم يقع موجبا أصلا لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطبا باقامته أصلا لان القدرة شرط التكليف فلو حده بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب وغير الموجب لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا في الحد المطلوب درؤه أما قذف العبد فوجب حال صدوره للحد غير أنه لم يمكن تمامه في الحال فتوقف تتميمه على حدوثها بعد العتق قال في المبسوط بعد أن ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التي يقبل فيها خبر المحدود في القذف في الديانات أما على رواية المنتقى أن لا تقبل فالفرق أن الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة باقامة الحد بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صارت عدالته مجروحة باقامة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله اذا حد ثم أعتق لانه لو لم يحد حتى أعتق فحد لا تقبل أيضا ولكن وضعه كذلك لانه سيق لبيان الفرق بينه وبين الكافر والكافر لو قذف مسلما ثم أسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو حد بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومر في حد القذف وفي هذه المسئلة ثلاث روايات لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا أقيم أكثره تسقط اذا ضرب سوطا لان من ضرورة ذلك القدر الحكم شرعا بكذبه (قوله ولا شهادة الوالد) وان علا لولده وان سفل (ولا شهادة الولد لابويه وأجداده) أما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له قال المصنف والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ وهذا الحديث غريب وانما أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه في الشئ بينهما لكن في غيره ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد لسيده انتهى وقال ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان به وأخرجا نحوه عن ابراهيم النخعي لكن الخصاف وهو أبو بكر الرازي الذي شهد له أكابر المشايخ انه كبير في العلم رواه بسنده الى عائشة رضي الله عنها ثنا صالح بن زريق وكان ثقة ثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريح أمر الشريك وذكر المصنف أيضا عنه صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وهو بعض حديث رواه أبو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمن بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على أخيه وشهادة القانع باهل البيت وأجازها لغيرهم قال أبو داود الغمر الشحناء وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه أحمد قال في التنقيح محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الائمة وقد تابعه غيره عن سليمن

ولده ولا شهادة الولد لابويه وأجداده لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره) قيل ما فائدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق أحد وأجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكأنه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم واتصالها يوجب أن تكون الشهادة لنفسه من وجه أو أن تتمكن فيه شبهة قال المصنف رحمه الله

(قوله لا تقبل شهادة الوالد الخ) أقول ومالك يخالفنا في قرابة الولاد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم كذا في النهاية والكافي وشرح الكنز للزيلعي وقال العلامة الكاكي في معراج الدراية ما وجدت هذا في الكتب المشهورة لاصحاب مالك رحمهم الله (قال المصنف أو تتمكن فيه الشبهة) أقول فيه كلام وفي بعض النسخ أو تتمكن فيه التهمة أي تهمة الميل وهي المراد بالشبهة

والمراد بالاجير على ماقالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لاشهادة للقانع بأهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الاجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) وقال الشافعي رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة

و رواه عن عمرو بن شعيب الحجاج بن أرطاة في ابن ماجه وآدم بن فائد في الدارقطني ولم يذكر فيه القانع وأخرج الترمذي عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ولا ذي غمر على أخيه ولا مجرب بشهادة زور ولا القانع باهل البيت ولا ظنين في ولاء ولا قرابة انتهى وقال غريب لا نعرفه الامن حديث يزيد بن زياد الدمشقي وهو يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال أبو عبيد الغمر العداوة والقانع التابع لاهل البيت كالخادم لهم قال يعني و يطلب معاشه منهم والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع وان كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما أولى بالرد لان قرابة الولاد أعظم في ذلك فيثبت حينئذ رد شهادتهم بدلالة النص و يكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه ولا ظنين في ولاء ولا قرابة وان كان راو به مضعفا اذ ليس الراوي الضعيف كل مارويه باطل انما رد لتهمة الغلط لضعفه فاذا قامت دلالة أنه أجاد في هذا المتن وجب اعتباره صحيحا وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعا وضع الزكاة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رضي الله عنه حين شهد مع قنبر لعلي رضي الله عنه فقال علي أما سمعت أنه صلى الله عليه وسلم قال للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن ائت بشاهد آخر فقيل عزله ثم أعاده وزاد في رزقه فقيل رجع علي رضي الله عنه الى قوله وقوله والمراد بالاجير على ماقالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لاشهادة للقانع باهل البيت وقد ذكرناه وفي الخلاصة والتلميذ الخاص الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة وقيل المراد بالاجير الاجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة لانه اذا كانت اجارته على هذا الوجه دخلت منفعته التي هي الاداء في أجرته فيكون مستوجبا الاجر بها فيصير كالمستأجر عليها لان العقد وقع موجبا تمليك منافعه ولهذا يستحق الاجرة بتسليم نفسه وان لم يعمل بخلاف الاجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستأجر لان العقد لم يقع موجبا تمليك منافعه بل وقع على عمل معين له ولهذا لا يستحق الاجرة حتى يعمل فافترقا وفي العيون قال محمد رحمه الله في رجل استأجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس أن لا تقبل ولو كان أجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطلها كرجل شهد لامرأته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا له قبل أن يقضي فاني أبطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الاجارة ثم أعاد الشهادة جازت كالمرأة اذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز وما في زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير حمل على الاجير المشترك كما حمل ما في كتاب كفالة الاصل لا تجوز شهادة الاجير على الاجير الخاص لما في نوادر ابن رستم قال محمد لا أجيز شهادة الاجير مشاهرة وان كان أجيرا مشتركا قبلت شهادته اه وأما شهادة الاستاذ للتلميذ والمستأجر للاجير فمقبولة لان منافعهما ليست مملوكة للمشهود له (قوله ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) ولو كان المشهود له من الزوجة أو الزوج مملوكا وقال الشافعي تقبل و بقولنا قال مالك وأحمد وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا في ماله لوجوب نفقتها

(والمراد بالاجير على ماقال المشايخ هو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه) قيل التلميذ الخاص هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة وهو معنى قوله عليه السلام لاشهادة للقانع باهل البيت من القنوع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وقيل المراد به الاجير مسانهة أو مشاهرة وهو الاجير الواحد فيستوجب أي فانه اذا كان كذلك يستوجب الاجر بمنافعه وأداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستأجر عليها وهو استحسان ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه اذ ليس له فيما شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع ولهذا جاز شهادة الاستاذ له ووضع الزكاة فيه لكن الاجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس وأما شهادة الاجير المشترك فمقبولة لان منافعه غير مملوكة لاستاذه ولهذا له أن يؤجر نفسه من غيره في مدة الاجارة قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة

(قوله من القنوع) أقول لا من القناعة

والايدى متحيزة) أى يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متفرقة فى ملك الآخر غير متعدية اليه ولهذا يقتضى من أحدهما للآخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته فى حق صاحبه كالاخوين وأولاد العم وغيرهم لا يقال فى قبول شهادة أحدهما للآخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه لان ذلك ليس بقصدى بل حصل فى ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها تقبل وان كان له فيه نفع لحصوله ضمنا (ولنا ما روينا) من حديث عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته (ولان الانتفاع متصل) ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال ظننت أنها تحل لى لا يحد (وهو) أى الانتفاع (هو المقصود) من الاموال (فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما) فى شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة (قوله بخلاف شهادة الغريم) جواب عما ذكره الشافعى ووجهه أن الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذى يتصرف فى مالها عادة لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذه لان الظفر أمر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان قال (ولا شهادة المولى لعبده الخ) لا تقبل شهادة المولى لعبده لما روينا ولان شهادته له شهادة لنفسه من وجه أو من كل وجه وذلك لانه لا يخلو اما أن يكون على العبد دين أو لا فان كان الاول فهى له من وجه لان الحال موقوف مراعى بين أن يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم فى دينهم وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه وان كان الثانى فهى له من كل وجه لان العبد وما ملك لمولاه (ولا) تقبل شهادة المولى (لمكاتبه لما قلنا) من كون الحال موقوفا مراعى

والايدى متحيزة ولهذا يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما فى الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به (ولا شهادة المولى لعبده) لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين أو من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى (ولا لمكاتبه) لما قلنا

وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة وجه الشافعى أن الاملاك بينهما متميزة والايدى متحيزة أى كل يد فى حيز غير حيز الاخرى فهى ممنوعة عنه من حاز الشئ منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجرى بينهما القصاص والحبس بالدين ولا معتبر بما بينهما من المنافع المشتركة لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالنكاح لانه لم يقصد لان ينتفع كل منهما بمال الآخر وانما يثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم اذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم أنه يشاركه فى منفعته ولنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته وقد سمعت انه من قول شريح ومرفوع من رواية الخصاف ولو لم يثبت فيه نص كفى المعنى فيه والحاقه بقرابة الولاد فى ذلك الحكم بجامع شدة الاتصال فى المنافع حتى يعد كل غنيا بمال الآخر ولذا قال تعالى ووجدك عائلا فأغنى قيل بمال خديجة رضى الله عنها بل ربما كان الاتصال بينهما فى المنافع والانبساط فيها أكثر مما بين الآباء والاولاد بل قد يعادى أبويه لرضا زوجته وهى لرضاه ولان الزوجية أصل الولاد لان الولادة عنها تثبت فيلحق بالولاد فيما يرجع الى معنى اتصال المنافع كما أعطى كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا بخلاف القصاص لان بعد الموت لا زوجية وفى المحيط لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعى ولا بائن لقيام النكاح فى بعض الاحكام ولو شهد أحدهما للآخر فى حادثة فردت فارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة تقبل بخلاف ما لو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلا وأعاد تلك الشهادة لا تقبل وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى الاصح لان القاضى لما ردها صار مكذبا فى تلك الشهادة شرعا فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبى اذا ردت ثم أعتق وأسلم وبلغ وأعادها تقبل وبه قال الشافعى وأحمد وقال مالك وهو رواية عن أحمد لا تقبل كالرد للفسق قلنا ردشهادتهم لعدم الاهلية لا للتهمة الكذب وهى كافية فى الرد فاذا صاروا أهلا تقبل ولو قيل الرد فى الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل لمجرد تهمته به وبالاعادة فى العدالة ترتفع تهمة كذبه فى تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج الى الجواب فصار الحاصل كل من ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل اذا أعادها بعد زوال ذلك المعنى الا العبد اذا شهد فرد والكافر والاعمى والصبى اذا شهد كل منهم فرد ثم أعتق وأسلم وأبصر وبلغ فشهدوا فى تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم وتقبل لام امرأته وأبيها ولزوج بنته ولامرأة ابنه ولامرأة أبيه ولاخت امرأته (قوله ولا شهادة المولى لعبده) لما تقدم من رواية الخصاف ولانه

(قال المصنف والايدى متحيزة) أقول قال ابن الهمام أى يد كل منهما فى حيز غير حيز الاخرى فهى مجموعة عنه من حاز الشئ جمعه فلا اختلاط فيها انتهى وفى القاموس وغيره تحوز وتحيز بمعنى تنحى انتهى وهذا المعنى هو الانسب هنا (قوله بخلاف الرجل لكونه قواما) أقول وبخلاف المرأة فان لها حق الاخذ للنفقة والظفر ليس موهوما

لانه ان أدى بدل الكتابة صار أجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه يصير شاهدا لنفسه فى البعض وذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة اذ هى شهادة واحدة (ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة) قيل هذا اذا كانا شريكى عنان أما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه الا فى الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه قال (وتقبل شهادة الاخ لاخيه الخ) تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الاقارب غير الولاد لانتفاء التهمة بتباين الاملاك ومنافعها (ولا تقبل شهادة مخنث وهو فى العرف من عرف بالردىء من الافعال) أى التمكين من اللواطة (فأما الذى فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية) لارتكابهما المحرم طمعا فى المال والدليل على الحرمة نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة التى تنوح فى مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغنى للهو معصية فى جميع الاديان قال فى الزيادات اذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المرأة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن نسبة الغناء اليه ولهذا لم يقيدها هنا بقوله للناس وقيده فيما ذكر بعد هذا فى غناء الرجل

(ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه) لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم فى مال البعض قال (ولا تقبل شهادة المخنث) ومراده المخنث فى الردىء من الافعال لانه فاسق فأما الذى فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة (ولا نائحة ولا مغنية) لانهما ارتكبا محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية

شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين ومن وجه اذا كان ولان الحال أى حال مال العبد فيما اذا كان عليه دين موقوف مراعى بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم المال فى دينه وبين أن يبقى للمولى بسبب قضائه دينه وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب وهو قول الائمة الثلاثة وقوله لما قلنا يعنى من أنه شهادة لنفسه من كل وجه أو من وجه وفى المبسوط وكذا لا تقبل شهادة أبى المولى وابنه وامرأته لان هؤلاء وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمناه وكان مقتضى القياس أن تقبل لانها فى الحقيقة شهادة لسيده لكن منعوه للفظ النص السابق ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير أن هذا لا يتحقق فى الشريك المفاوض لان كل شىء من شركتهما ولذا قالوا لا تقبل الا فى الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق لان ما سوى هذه مشترك بينهما وينبغى أن تزاد الشهادة بما كان من طعام أهل أحدهما أو كسوتهم لانه لا شركة بينهما فيه (قوله وتقبل شهادة الأخ لاخيه وعمه) قيل بلا خلاف لكن قال شمس الائمة فى شرح أدب القاضى من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك فى ضعف التهمة لانه لا بسوطة وليس مظنة لزومة للالف بل كثيرا ما يكون بينهم العداوة والبغضاء وكل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وغيرهما كالاخ تقبل فيه الشهادة (قوله ولا تقبل شهادة المخنث ومراده المخنث فى الردىء من الافعال) وهو التشبه بالنساء لتعمده ذلك فى تزيينه وتكسير أعضائه وتليين كلامه كما هو صفتهن لكون ذلك معصية روى أبو داود باسناده الى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعنى المتشبهات بالرجال فكيف اذا تشبه بهن فيما هو أقبح من ذلك فاما الذى فى كلامه لين خلقة وفى أعضائه تكسر خلقة فهو عدل مقبول الشهادة (قوله ولا نائحة ولا مغنية) هذا لفظ القدورى فاطلق ثم قال بعد ذلك ولا من يغنى للناس

(قوله قيل هذا الخ) أقول أى قبول شهادة الشريك وهذا القيل لصاحب النهاية (قوله هذا اذا كانا شريكى عنان الخ) أقول فيه بحث لانه اذا كان ماعداها مشتركا يدخل فى عموم قوله فيما هو من شركتهما ويدخل الحدود والقصاص والنكاح فى قوله ماليس من شركتهما فورد فيشمل كلام المصنف شركة المفاوضة أيضا فلا وجه للاخراج فالأولى الا أن تحمل على الاملاك بقرينة السياق ثم ان قوله لان ما عداها مشترك بينهما غير صحيح فانه لا يدخل فى الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط (قال المصنف فانه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الاحمقين الخ) أقول أى صوت المغنية بتقدير المضاف أو يكون من قبيل عيشة راضية (قوله فان رفع نفس الصوت منها حرام فضلا عن نسبة الغناء اليه ولهذا لم يقيد ههنا) أقول فيه بحث لان المراد بالمغنية التى اتخذت ذلك مكسبا فلا حاجة الى التقييد ولكون المراد هو ذلك علله الشارح بقوله لارتكابهما المحرم طمعا فى المال فما أسرع ما نسى ثم ما ذكره جار فى النوح بعينه مع ما باله لم يكن مسقطا للعدالة اذا ناحت فى مصيبة نفسها فلا بد أن يكون المراد منهما فى مسئلة الزيادات من كان التغنى مكسبه فليتأمل

(ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه) والمراد به كل من آدمن على شرب شيء من الاشربة المحرمة خمرا كانت او غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كان كبيرة (ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة لا يؤمن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة) ثم هو مصر على نوع لعب (ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه لتطيير طيره) وذلك فسق فأما اذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من البيت فانها تأتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلا للحرام وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغنى عنه بقوله ولا من يغني للناس فانه أعم من أن يكون معه آلة لهو أولا وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق بهذا مقيد بكونه للناس حتى لو كان غناؤه لنفسه لازالة وحشته لا بأس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف

وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وأصل ذلك ما روى عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء على أنه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد ينطلق على ذلك

(ولا مدمن الشرب على اللهو) لانه ارتكب محرم دينه (ولا من يلعب بالطيور) لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني (ولا من يغني للناس) لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة

فورد أنه تكرار اعلم ذلك بما ذكر من قوله مغنية والوجه أن اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال ألا ترى اذا قيل ما حرفته او ما صناعته يقال مغن كما يقال خياط أو حداد فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير أنه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله النائحات لعن الله المغنيات ومعلوم أن ذلك لوصف التغني لا لوصف الانوثة ولا للتغني مع الانوثة لان الحكم المترتب على مشتق انما يفيد أن وصف الاشتقاق هو العلة فقط لا مع زيادة أخرى نعم هو من المرأة أفحش لرفع صوتها وهو حرام ونصوا على أن التغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف ومثل هذا اللفظ النائحة صار عرفا لمن جعلت النياحة مكسبة وحينئذ كأنه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها الا من لم يكن ذلك صناعته ولذا علله في الكتاب بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية ان الغناء في حقهن مطلقا حرام لرفع صوتهن وهو حرام فلذا أطلق في قوله مغنية وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ولا يخفى أن قوله من يغني للناس لا يخص الرجال لان من تطلق على الاناث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون صلتها وقعت بتذكير الضمير في قوله يغني بالياء من تحت لا يوجب خصوصه بالرجال لما عرف أنه يجوز في ضميرها مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ أولى وان كان المعنى على التأنيث فكيف اذا كان المعنى أعم من المؤنث والمذكر فان قلت تعليل المصنف رحمه الله يجمع الناس على كبيرة يقتضي أن التغني مطلقا حرام وان كان مفاده بالذات أن الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الا أن كون الاستماع محرما ليس الا لحرمة المسموع وليس كذلك فانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل نفسه ليدفع عنه الوحشة لا يكره وقيل ولا يكره اذا فعله ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان وقيل ولا يكره لاستماع الناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب أن في التغني فان للكلام مجالا واسعا

(قوله ولا مدمن الشرب على اللهو ولانه ارتكب محرم دينه) أقول فيه بحث لان الظاهر من تعليل المصنف بقوله لانه ارتكب محرم دينه وقوله ولا من يأتي بابا من الكبائر الخ ان مراده غير الخمر وأما في الخمر فلا يشترط ما ذكر على ما اختاره الخصاف فتأمل

(قوله وهو مستغنى عنه الخ) أقول فيه بحث لان كثيرا من الناس يلعب بالطنبور ولا يغني قال ابن قدامة المغني في الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة من غير غناء كالمزمار سواء كان من عود أو قصب كالشبابة أو غيره كالطنبور والعود والمعزفة لما روى أبو أمامة انه صلى الله تعالى عليه وسلم قال ان الله تعالى بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير لانه مطرب مصد عن ذكر الله تعالى والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره (قوله وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية الخ) أقول لانفهام حكم الرجال تبعا على عكس ما هو الاصل وفيه بحث (قوله لانها كانت على الاطلاق) أقول فيه بحث (قوله واختاره المصنف وعلل بانه يجمع الناس الخ) أقول فيه بحث فان ذلك التعليل يدل على اختيار المصنف ما اختاره شيخ الاسلام فان اجتماعهم للاستماع وان يكون الاستماع كذلك وذلك بكون المسموع كبيرة

لا سماع نفسه ولدفع الوحشة خلافا بين المشايخ منهم من قال لا يكره انما يكره ما كان على سبيل اللهو احتجاجا بما عن أنس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على أخيه البراء بن مالك وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه أخذ شمس الائمة السرخسي رحمه الله ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام ويحمل حديث البراء بن مالك انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا وانشاد المباح من الاشعار لا بأس به ومن المباح أن يكون فيه صفة امرأة مرسلة بخلاف ما اذا كانت بعينها حية واذا كان كذلك جاز أن يكون المصنف رحمه الله قائلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام رحمه الله الا انا عرفنا من هذا أن التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج اليها والدويرات والحانات والهجاء لمسلم أو ذمي اذا أراد المتكلم هجاءه لا اذا أراد انشاد الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحته وبلاغته ويدل على أن وصف المرأة كذلك غير مانع ما سلف في كتاب الحج من انشاد أبي هريرة رضي الله عنه وهو محرم

قامت تريك رهبة أن تهضما * ساقا بخنداة وكعبا أدرما

وانشاد ابن عباس رضي الله عنهما * ان يصدق الطير ننك لميسا * لان المرأة فيهما ليست معينة فلولا أن انشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم تنله الصحابة ومما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم

وما سعاد غداة البين اذ رحلوا * الا أغن غضيض الطرف مكحول

تجلو عوارض ذي ظلم اذا ابتسمت * كأنه منهل بالراح معلول

وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه النبي صلى الله عليه وسلم منه ولم ينكره في قصيدته التي أولها

تبلت فؤادك في المنام خريدة * تسقي الضجيع ببارد بسام

وأما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والازهار والمياه المطربة كقول ابن المعتز

سقاها بغابات خليج كأنه * اذا صافحته راحة الريح مبرد

يعني سقى تلك الرياض وقوله

وترى الرياح اذا مسحن غديره * صقلنه ونفين كل قذاة

ما ان يزال عليه ظبي كارعا * كتطلع الحسناء في المرآة

فلا وجه لمنعه على هذا نعم اذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وان كان مواعظ وحكما للآلات نفسها لا لذلك التغني والله أعلم وفي المغني الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته وفي مغني ابن قدامة الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة بلا غناء كالمزمار والطنبور ونحوه لما روى أبو أمامة انه عليه السلام قال ان الله تعالى بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره غيره لما عن عمر رضي الله عنه انه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر فان كان في وليمة سكت وان كان في غيره عمد بالدرة وفي الاجناس سئل محمد بن شجاع عن الذي يترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته وأما القراءة بالالحان فأباحها قوم وحظرها قوم والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ذواتها فمباح والا فغير مباح كذا ذكر وقد قدمنا في باب الاذان ما يفيد أن التلحين لا يكون الا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل ونقلنا هناك عن الامام أحمد رحمه الله أنه قال للسائل عن القراءة بالتلحين وقد أجاب بالمنع ما اسمك قال محمد فقال أيعجبك أن يقال لك يا موحامد هذا وأما النائحة فظاهر أنها أيضا في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة فأما اذا ناحت لنفسها فصرح

في الذخيرة قال لم يرد النائحة التي تنوح في مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها ارتكبت معصية وهي الغناء لاجل المال فلا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لاجل ذلك وهو أيسر عليها من الغناء والنوح في مدة طويلة ولم يتعقب هذا أحد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متأخري الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أولا قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة وقال عليه السلام ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية وهما في صحيح البخاري ولا شك أن النياحة ولو في مصيبة نفسها معصية لكن الكلام في أن القاضي لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج الى الشهرة ليصل الى القاضي فانما قيد بكونها للناس لهذا المعنى والا فهو يرد عليه مثله في قوله ولا مدمن الشرب على اللهو يريد شرب الاشربة المحرمة خمرا أو غيره ولفظ محمد رحمه الله في الاصل ولا شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن السكر يريد من الاشربة المحرمة التي ليست خمرا فقال هذا الشارح يشترط الادمان في الخمر وهذه الاشربة يعني الاشربة المحرمة لسقوط العدالة مع أن شرب الخمر كبيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان لكن نص عليه في الاصل كما سمعت فما هو جوابه هو الجواب في تقييد المشايخ بكون النياحة للناس ثم هو نقل كلام المشايخ في توجيه اشتراط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من شربها سرا لا تسقط عدالته ولم يتنفس فيه بكلمة واحدة فكذا التي ناحت في بيتها لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس وانظر الى تعليل المصنف رحمه الله بعد ذكر الادمان بانه ارتكب محرم دينه مع أن ذلك ثابت بلا ادمان فانما أراد انه اذا أدمن حينئذ يظهر انه مرتكب محرم دينه فترد شهادته بخلاف التي استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ فتكون كالذي يسكر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان في رد شهادته وصرح بان الذي يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بنيته وهو أن يشرب ومن نيته أن يشرب مرة أخرى وهذا هو معنى الاصرار وأنت تعلم انه سيذكر رد شهادة من يأتي بابا من أبواب الكبائر التي يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غير توقف على نية أن يشرب ولان النية أمر مبطن لا يظهر للناس والمداراة التي يتعلق بوجودها حكم القاضي لابد أن تكون ظاهرة لا خفية لانها معرفة والخفي لا يعرف والظهور بالادمان الظاهر نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بطلان العدالة لا يتوقف في الكبائر على الاصرار بل أن يأتيها ويعلم ذلك وانما ذلك في الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك وأما من يلعب بالطيور فلانه يورث غفلة وهذا كانه بالخاصية المعروفة بالاستقراء وترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته ونقصه ولانه يقف على عورات النساء لصعود سطحه ليطير طيره وهذا يقتضي منع صعود السطح مطلقا الا أن يراد أن ذلك يكثر منه لهذه الداعية فان الداعية الى الشيء كالحرب في اقتضاء المواظبة عليه كما في لعب الشطرنج فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى انهم ربما يستمرون النهار والليل لا يسألون عن أكل ولا شرب وهذا من أظهر وجه على انه من دواعي الشيطان والاوجه أن اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماعا مع أناس أراذل وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة هذا وفي تفسير الكبائر كلام فقيل هي السبع التي ذكرت في الحديث وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم أكل الربا وأكل مال اليتيم وفي البخاري عنه عليه السلام اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله وما هن فذكرها وفيها السحر وأكل الربا وأكل مال اليتيم وفيه عنه عليه السلام ألا أنبئكم باكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث وقد عد أيضا منها السرقة وورد في الحديث من جمع بين صلاتين

قال (ولامن يأتى بابامن الكبائر الخ) من أتى بشئ من الكبائر التى يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد أوقتل وقال أهل الحجاز وأهل الحديث هى السبع التى ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المعروف وهى الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق و بهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة (ولامن يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ولامن يأكل الربا لانه كبيرة ولامن يلعب بالنرد أو الشطرنج) اذا انضم اليه أحد أمور ثلاثة القمار أو تفويت الصلاة بالاشتغال به أو اكثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكبائر والمصنف لم يذكر الثالثة لان الغالب فيه الاولان ولم يفرق بين النرد والشطرنج فى شرط أحد الامرين وفرق فى الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة مجردا لقوله عليه السلام ملعون من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا ولا يجوز أن يكون افراد قوله فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك (قوله لان للاجتهاد فيه مساغا) قيل لان مالكا والشافعى يقولان بحل اللعب بالشطرنج وشرط أن يكون آكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا فلو ردت شهادته اذا ابتلى به لم يبق أحد مقبول الشهادة غالبا وهذا بخلاف أكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم البلوى

(ولامن يأتى بابامن الكبائر التى يتعلق بها الحد) للفسق قال (ولامن يدخل الحمام من غير مئزر) لان كشف العورة حرام (أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج) لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط فى الاصل أن يكون آكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا

من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر وقيل الكبيرة ما فيه حد وقيل ما ثبتت حرمته بنص القرآن وقيل ما كان حراما لعينه ونقل عن خواهر زاده أنها ما كان حراما محضا مسمى فى الشرع فاحشة كاللواطة أو لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع اما فى الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل النفس بغير حق أو بالوعيد بالنار فى الآخرة كأكل مال اليتيم ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص قاطع الا اذا داوم على ذلك فان العدالة تزول بالاصرار على الصغائر فهذا أولى وهذا يخالف ما تقدم من عد شرب الخمر من الكبائر فى نفس الحديث وذكره الاصحاب وفى الخلاصة بعد أن نقل القول بان الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال وأصحابنا لم يأخذوا بذلك وانما بنوا على ثلاثة معان أحدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والثانى أن يكون فيه منابذة المروءة والكرم وكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة والثالث أن يصر على المعاصى والفجور ولا يخفى ما فى هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة أيضا وما فى الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفى الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ونقله عن أدب القاضى لعصام وعليه المعول غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور فلهذا شرط فى شرب الخمر والسكر الادمان والله سبحانه وتعالى أعلم ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يشرب لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يسقط عدالته وفى الذخيرة والمحيط وكذا الاعانة على المعاصى والحث عليها من جملة الكبائر (قوله ولامن يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام) وفى الذخيرة اذا لم يعرف رجوعه عن ذلك وأما ما ذكر الكرخى أن من مشى فى الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لانه مخل بالمروءة (قوله أو يأكل الربا الى قوله ولامن يفعل الافعال المستحقرة) أما أكل الربا فكثير أطلقوه وقيده فى الاصل بأن يكون مشهورا به فقيل لان مطلقه لو اعتبر مانعا لم يقبل شاهد لان العقود الفاسدة كلها فى معنى الربا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم دائما منه وقيل لان الربا ليس بحرام محض لانه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وان كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا فى كونه كبيرة والمانع فى الحقيقة هو ما يكون دليلا على امكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لا بد من كونه كذلك بخلاف أكل مال اليتيم حيث ترد شهادته بمرة وقيل لانه اذا لم يشتهر به كان الواقع ليس الا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به وهذا أقرب ومرجعه الى ما ذكر فى وجه تقييد شرب الخمر بالادمان وأما قوله ليس بحرام محض فلا نعويل عليه والدال على تجويز شهادة الزور منه يكفى كونه مرتكبا محظور دينه ألا ترى الى ما قال أبو يوسف اذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعد أن يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لانه مخالف لنص

الكتاب

(قوله فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق) أقول قال الكاكى فى معراج الدراية واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالاجماع اذا كان مدمنا عليه أو يقامر أو تفوته الصلاة أو أكثر عليه الحلف بالكذب والباطل اهـ فنى قول الاكمل اذا انضم اليه أحد أمور ثلاثة بحث

قال (ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق) لانه تارك للمروءة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم

الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وأما الاول فالربا يختص بعقد على الاموال الربوية فيه تفاضل أو نسيئة بل أكثر ما كانوا عليه ونزلت آية الربا بسبب اقراضهم المقدار كالمائة وغيره الى أكثر منه أو الى أجل فان لم يقضه فيه أربى عليه فتزيد الكمية وهذا هو المتداول في غالب الازمان لا بيع درهم بدرهمين فربما لا يتفق ذلك أصلا أو الا قليلا وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ونص وا انه بمرة وأنت تعلم أنه لا بد من الظهور للقاضي لان الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكأنه بمرة يظهر لانه يحاسب فيعلم انه استنقص من المال والحاصل أن الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير أن القاضي لا يرتب ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك ولذا نقول اذا علم أنه يلعب بالنرد ردت شهادته سواء قامر به أو لم يقامر لما في حديث أبي داود من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله ولعب الطاب في بلادنا مثله لانه يرمي ويطرح بلا حساب واعمال فكر وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمل أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أولا فأما الشطرنج فقد اختلف في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام أحمد لما رويناه فانه قد قيل ان النردشير هو الشطرنج ولما سيأتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى من قوله عليه الصلاة والسلام كل لهو المؤمن باطل الا الثلاثة تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله ورواه أبو داود عن عقبة بن عامر عنه عليه الصلاة والسلام ليس من اللهو الا ثلاث تأديب الرجل فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونبله وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الحلف كاذبا والكذب عليه وتأخير صلاة عن وقتها او المقامرة به فلما كان للاجتهاد فيه متجردا مساغ لم تسقط العدالة به وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلاتيانه الامور المحقرة ولا تقبل شهادة أهل الشعبذة وهو الذي يسمى في ديارنا دكا كالانه اما ساحر أو كذاب أعني الذي يأكل منها او يتخذها مكسبة فأما من علمها ولم يعملها فلا وصاحب السيمياء على هذا (قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة) وفي بعض النسخ المستقبحة وفي بعضها المستخفة وان لم تكن في نفسها محرمة والمستخفة بفتح الخاء وكسرها أي التي يستخف الناس فاعلها أو الخصلة التي تستخف الفاعل فيبدو منه ما لا يليق وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا يستخفنك الذين لا يوقنون وذلك (كالاكل على قارعة الطريق) يعني بمرأى الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب بركة والناس حضور وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من لا يستحي من الطلبة والمشي بسراويل فقط ومد رجله عند الناس وكشف رأسه في موضع يعد فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء لان من يكون كذلك لا يبعد منه أن يشهد بالزور وفي الحديث عنه عليه الصلاة والسلام ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت وعن الكرخي لو أن شيخا صارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سخف وأما أهل الصناعات الدنيئة كالكساح وهو الذي يسمى في عرف ديار مصر قنواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعي وأحمد ووجهه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ورأيت أكثر مخالف للوعد السمكري والاصح تقبل لانها قد تولاها قوم صالحون فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله النخاسون والدلالون فانهم يكذبون كثيرا زيادة على غيرهم مع خلفهم فلا يقبل الا من علم عدالته منهم وقيل لا تقبل شهادة بائع الاكفان قال شمس الائمة هذا اذا ترصد لذلك العمل فأما اذا كان يبيع الثياب ويشتري منه الاكفان فتقبل

(ولا من يفعل الافعال المستحقرة) وفي نسخة المحتقرة وفي أخرى المستقبحة وفي أخرى المستخفة وفي أخرى المسخفة كلها على اسم المفعول سوى المسخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة الى السخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة (كالبول والاكل على الطريق لان فيه ترك المروءة واذا كان لا يستحي من مثل ذلك) فالظاهر أنه (لا يمتنع عن الكذب) فكان متهما

(قوله سوى المسخفة الخ) أقول أي الافعال التي تكون سببا لنسبة صاحبها الى السخف ورقة العقل ثم أقول يمكن أن يكون المسخفة بالتخفيف على وزن المفعول كالمسندة بفتح النون من السخف والسين حينئذ تكون أصلية وأما المستخفة بالتشديد على صيغة المفعول كالمستقرة بفتح القاف فالسين فيها زائدة (قال المصنف واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب) أقول قال العلامة الكاكي وفي المحيط لا تقبل شهادة النخاسين والدلالين لانهم يكذبون كثيرا فأما من كان عدلا منهم تقبل شهادتهم اه وفيه لا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف وفي مناقب أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان أفرط في البخل لا تقبل قال الزيلعي وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر أنه أراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والاقارب اه

(ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) وهم الصحابة والتابعون منهم أبو حنيفة (لظهور فسقه) وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال لا أقبل شهادة من سب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادة من يبرأ منهم وفرقوا بان اظهار سبه لا يأتي به الا الاسقاط السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقد دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه (وتقبل شهادة أهل الاهواء الا الخطابية) منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذ به من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان أصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثنى عشر فرقة (وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادتهم لانه أغلظ وجوه الفسق) اذ الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي (ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد) وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينا فصار كحنفي شرب المثلث أو شافعي أكل متروك التسمية عامدا معتقدا اباحته فانه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناس لانه كان يزعم أن عليا الاله الاكبر وجعفرا الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم يعتقدون أن من ادعى منهم شيأ على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم والخوارج

(ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) لظهور فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل الاهواء الا الخطابية) وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه أغلظ وجوه الفسق ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد وما أوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي أما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم

لعدم تنبيه الموت للناس والطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى فلان أو باع أو أجر وقبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة والصحيح تقبل اذا كان غالب أحوالهم الصلاح فانهم غالبا انما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجاز تنزيلا له منزلة الواقع ليستغنوا عن الكتابة اذا صدر المعنى بعدها ورد بعض العلماء شهادة القروى والاعرابي وعامة العلماء تقبل الا لمانع غيره ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف وفي الحديث ويل للذي يحدث ويكذب كي يضحك منه الناس ويل له ويل له وقال نصير بن يحيي من يشتم أهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان أحيانا تقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته وأما في ديارنا فكثيرا يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يد من باعك ولا من يحلف في كلامه كثيرا ونحوه وحكى أن الفضل بن الربيع شهد عند أبي يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يوما قال للخليفة أنا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك فعذره الخليفة والذي عندي أن رد أبي يوسف شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره أنا عبدك مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكوني تحت أمرك ممتثلا له على اهانة نفسي في ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذبا محظورا شرعا ولذا وقع المجاز في القرآن ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه وتملقه لاجل الدنيا فربما يعز هذا الكلام اذا قيل للخليفة فعدل الى الاعتذار بأمر يقرب من خاطره والحاصل فيه أن ترك المروءة مسقط للعدالة وقيل في تعريف المروءة أن لا يأتي الانسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنيء والسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان أفرط لانه يؤديه الى منع الحقوق (قوله ولا من يظهر سب السلف) كالصحابة والتابعين ومنهم أبو حنيفة رحمه الله وكذا العلماء ونص أبو يوسف على عدم قبوله قال لانه اذا أظهر سب واحد من المسلمين تسقط عدالته فاذا أظهر في واحد من الصحابة كيف يكون مقبولا وقيد بالاظهار لانه لو اعتقده ولم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته ولذا قال أبو يوسف من رواية ابن سماعة لا أقبل شهادة من يشتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادة من يتبرأ منهم لان اظهار الشتيمة مجونة وسفه ولا يأتي به الا الاوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقده دينا مرضيا عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من أهل الاهواء وشهادة أهل الاهواء جائزة (قوله وتقبل شهادة أهل الاهواء) كلهم من المعتزلة والقدرية

(قال المصنف وقال الشافعي لا تقبل لانه أغلظ من وجوه الفسق) أقول عدم قبول شهادة أهل الاهواء مذهب مالك وأبي حامد من الشافعية وأما قول الشافعي فقولنا بلا اختلاف

ردشهادتهم لانهم كافرون ان كانوا كما قيل أولا ولتمكن التهمة فى شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانيا أو ثالثا قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض الخ) شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهودى مع النصرانى وقال ابن أبى ليلى ان انفقت مللهم قبلت لقوله عليه السلام لاشهادة لاهل ملة على أهل ملة أخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها والجواب أنه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله مالكم من ولايتهم من شئ والعطف قرينة يراعى به تناسب المعانى (وقال مالك والشافعى لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون) والظالم فاسق (فيجب التوقف فى خبره) لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه (ولنا ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى (ولان الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو كذلك (فله أهلية الشهادة على جنسه) كالمسلمين فان قيل المسلم له أهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذمى فبطل القياس

وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة فى شهادتهم قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف فى خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ماروى أن النبى عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه

والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى أهل السنة الا الخطابية وهم طائفة من الروافض لا لخصوص بدعتهم وهواهم بل لتهمة الكذب لما نقل عنهم أنهم يشهدون لمن حلف لهم أنه محق أو يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم وهو الذى ذكره المصنف فمنع قبول شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للامر الاول ومانقله المصنف عن الشافعى هو قول مالك وأبى حامد من الشافعية وأما قول الشافعى فكقولنا بلا اختلاف وجه قول مالك ماذكر أن البدعة فى الاعتقاد من أعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا أن صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى انه يرى ما يكفر به كالخوارج فهو أبعد من التهمة به وأما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلى ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفى صحيح البخارى كثير منهم مع اعتماده الغلو فى الصحة مع أن قبول الرواية أيضا مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمعنى وهو أن رد شهادة الفاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى أبى الخطاب وهو محمد بن أبى وهب الاجدع وقيل محمد بن أبى زينب الاسدى الاجدع وخرج أبو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن على بن عبد الله بن عباس وأظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه فتلاه وسلبه عيسى بالكناس (قوله وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض) قيد به لتخرج شهادتهم على المسلم ويدخل فى اللفظ شهادة أهل ملة منهم على أهل ملة أخرى وقد نص عليه بقوله وان اختلفت مللهم احترز به عن قول ابن أبى ليلى وأبى عبيد انها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودى على النصرانى وعكسه (وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا تقبل أصلا لانه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون) ووقع فى كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفى النهاية النسخة المصححة بتصحيح بخط شيخى قال تعالى الكافرين هم الفاسقون اذ الذى فى القرآن والكافرون هم الظالمون (فيجب التوقف فى خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد) بذلك الجامع ولقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس ذا عدل ولا مرضيا ولا منا ولانا لو قبلنا شهادتهم لاوجبنا القضاء على القاضى بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شئ بقولهم قال المصنف (ولنا ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) قال الامام المخرج غريب وغير مطابق للمدعى وهو أن شهادة بعضهم على بعض جائزة وان اختلفت مللهم ولو قال أهل الكتاب عوض النصارى وافق وهكذا أخرجه ابن ماجه عن مجالد عن الشعبى عن جابر بن عبد الله أن النبى

(قوله فانه معطوف على قوله مالكم من ولايتهم من شئ الآية) أقول هذه الآية فى سورة الانفال (قوله فالعطف قرينة يراعى به تناسب المعانى) أقول وللخصم أن يقول القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم وقد ورد نص على عدم القبول

فليتأمل ثم لو صح ماذكر لجاز شهادة المستأمن على الذمى وشهادة مستأمن من دار على مستأمن من أخرى (قال المصنف قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون) أقول هذا معنى القرآن لان القرآن والكافرون هم الظالمون (قوله أجاز شهادة النصرانى) أقول الظاهر أن يقول أجاز شهادة النصارى (قوله ولان الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار الخ) أقول قال فى النهاية المسلم اذا خطب الى كتابى ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح (قوله فله أهلية الشهادة) أقول لان الشهادة من باب الولاية

فالجواب أن القياس في الذمي كذلك لكن ترك بخلاف الجنس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واعترض بأن الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة الى الشهادة علينا أو مطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا يمنع شهادة بعضهم على بعض (قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع) جواب عن قوله لانه فاسق وتقريره الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكفر ليس من بابه فان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض بأن الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الآيات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا وأجيب بأن المراد به الاخبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطؤن على كتمان بعثه ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على أحد محظورا اذ هو محظور الاديان كلها وقوله (بخلاف المرتد) (٤٢) جواب عن قوله فصار كالمرتد فانه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل وقوله (وبخلاف شهادة الذمي على المسلم) جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه أن ولايته بالاضافة الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم وقد مر لنا جواب آخر عن هذا السؤال ولانه يتقول عليه جواب آخر وتقريره سلمنا أن علة قبول شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم اياه فانه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول

والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول

صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ومجالد فيه مقال ثم قال شيخنا علاء الدين ويوجد في بعض نسخ الهداية اليهود بعض النصارى وذكر ما رواه أبو داود بهذا الاسناد جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ائتوني بأعلم رجلين منكم فأتوه بابني صوريا فنشدهما الله كيف تجدان أمر هذين في التوراة قالا نجد فيها اذا شهد أربعة منهم أنهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما قال فما يمنعكما أن ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاء أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما قال هكذا وجدته في نسخة علاء الدين بخط يده وهو تصحيف وانما هو فدعا بالشهود كشفته من نحو عشرين نسخة وكذا رواه اسحق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا فدعا بالشهود قال في التنقيح قوله في الحديث فدعا بالشهود فشهدوا زيادة في الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما انفرد به انتهى كلامه لكن الطحاوي أسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه أنه صلى الله عليه وسلم قال ائتوني بأربعة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل ما انفرد به مجالد يجري فيه ما ذكرنا من أن الراوي المضعف اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط ولا شك أن رجمه عليه السلام كان بناء على ما سأل من حكم التوراة فيهما وأجيب به من أن حكمها الرجم بشهادة أربعة اذ هو يوافق ما أنزل اليه فلا بد من كونه بني على شهادة أربعة في نفس الامر منهم وان لم يذكر في الرواية المشهورة لان القصة كانت فيما بين يهود في محالهم وأماكنهم فهذه دلالة على أن مجالدا لم يغلط في هذه الزيادة وأنت علمت في مسئلة أهل الاهواء أن مراد الآية فسق الافعال لانه الذي يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد الا أن شهادتهم على المسلمين

(قوله فالجواب أن القياس في الذمي الخ) أقول وفيه بحث فان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للذمي على المسلم فكيف يكون القياس في الذمي كذلك ثم لو نقض بشهادة المستأمنين المختلفين دارا حيث لا تقبل مع أنهم من أهل الولاية بدليل قبول شهادة المتفقين دارا لا يتمشى هذا الجواب اذ لا نص على خلافه فالتعويل على جواب المصنف (قوله والجواب أنه ليس بمرضي) أقول لا يخفى عليك أنه ليس المراد كونه مرضيا من حيث الشهادة والا فليس واحد من الخصوم راضيا الشهادة على نفسه بل كونه مرضيا من حيث أحواله فالاولى أن يجاب بما في سائر الشروح مع أنه مرضي من حيث المعاملات والشهادة منها وجوابه ظاهر (قوله ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه) أقول قوله ومن بعدهم مبتدأ وقوله على أن الحق الخ خبره ثم بقي ههنا بحث فليتأمل (قوله منع لوجود الملزوم) أقول يعني منع لوجود الولاية (قوله وقد مر لنا الخ) أقول مر آنفا (قال المصنف لانه يغيظه) أقول قال الكاكي أي المسلم وفي النهاية

ال (ولاتقبل شهادة الحربى على الذمى الخ) لاتقبل شهادة الحربى على الذمى قال المصنف (أراد بالحربى المستأمن) وانما قال ذلك لأن شهادة الحربى الذى لم يستأمن على الذمى غير متصورة لانها تكون فى مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر فى دار الاسلام لا يقال يجوز أن يدخل حربى دار الاسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لانه مأخوذ قهرا فيصير عبدا ولاشهادة للعبد لاحد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستأمن على الذمى لانه لاولاية له على الذمى لكونه من أهل دارنا والمستأمن من أهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا فى شرح رسالتنا فى الفرائض وعلى هذا قوله وهو أعلى حالا منه أى أقرب الى الاسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمى دون المستأمن استظهارا على الاختلاف اتمام الدليل بقوله لانه من أهل دارنا ويجوز أن يكون جزأ العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمى وتقبل شهادة الذمى عليه لانه لكونه أعلى حالا أقرب الى الاسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمى والمستأمن وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة فى انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستأمنين فضم ذلك اليه للعلية فى بعض الصور دون بعض الحكم والاول هو الظاهر فان قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول شهادة الذمى على المستأمن لاجزأ لعلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لايساعده فتأمل وسنذكر الجواب عن قبول شهادة الذمى على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لايلزم ذلك قال (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض الخ) المستأمنون فى دارنا لايخلو اما أن يكونوا من دار واحدة أولا فان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان الثانى كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث (قوله بخلاف الذمى) جواب عما يقال اختلاف الدارين لوقطع الولاية لما قبلت شهادة الذمى على المستأمن لوجوده لكنها قبلت ووجهه أن يقال الذمى من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمى على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولانص فى المستأمن فتقبل شهادة الذمى عليه ولا كذلك المستأمن لانه ليس من أهل دارنا وفيه اشارة الى أن أهل الذمة اذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهى تجمعهم بخلاف المستأمنين

قال (ولاتقبل شهادة الحربى على الذمى) أراد به والله أعلم المستأمن لانه لاولاية له عليه لان الذمى من أهل دارنا وهو أعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمى عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمى (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من أهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لاتقبل) لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمى لانه من أهل دارنا ولا كذلك المستأمن

المسلمين نسخت بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت على بعضهم بعضا ثم استدل بالمعنى وهو أن الذمى من أهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على أولاده الصغار ومماليكه فجازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد المقيس عليه اذ لاولاية له أصلا فلا شهادة له ولانه يتقول على المسلم لغيظه بقهره فكان متهما فيه بخلاف أهل ملة على أهل ملة أخرى لانه وان عاداه ليس أحدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على التقول عليه ولا يخفى ما فيه اذ مجرد العداوة مانع من القبول كما فى مسلم يعادى مسلما ثم يشيد هذا المعنى حديث مضعف بعمر بن راشد رواه الدارقطنى وابن عدى من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتجوز شهادة ملة على ملة الا ملة محمد صلى الله عليه وسلم فانها تجوز على ملة غيرهم وأيضا فقول الراوى أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل أن يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض أو بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ويحتمل أنه حكاية تشريع قولى فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا نحكم بأحدهما عينا غير أن فى هذه خلافا فى الاصول ورجح الثانى وهو مسئلة قول الراوى قضى بالشفعة للجار (قوله ولاتقبل شهادة الحربى على الذمى) أراد به المستأمن لانه لايتصور غيره فان الحربى لو دخل بلا أمان قهرا استرق

(قوله لانه مأخوذ قهرا) أقول جواب لقوله لايقال يجوز الخ (قال المصنف لان الذمى من أهل دارنا) أقول قال الكاكى وانما لايجرى التوارث بين الذمى والمستأمن لان المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب فى الارث والمال انتهى فلم لايقال مثل هذا فى المستأمنين من دارين مختلفين (قوله لانه لاولاية له على الذمى) أقول لم لايكفى كونه من أهل الولاية مطلقا على ماذكر فى الذمى والمسلم من كون القياس قبول شهادته على المسلم (قوله وتقبل شهادة الذمى عليه) أقول لايستفاد من هذا التقرير ما أراده بل مفاده أن يكون علة كانقطاع الولاية لعدم قبول شهادة المستأمن على الذمى (قوله وفيه نظر لان اختلاف الدارين الخ) أقول لم لايجوز أن تكون العلة فيه اختلافهما دارا مع انتفاء كون أحدهما أعلى حالا من الآخر أعنى تساويهما فى الحال (قوله فان قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول الخ) أقول لم لايجوز أن يكون علة أخرى لعدم قبول شهادة المستأمن عليه (قوله فله الولاية العامة) أقول أنت خبير بانه مخالف لقوله تعالى ما لكم من ولايتهم من شئ وأيضا مخالف لما نص عليه المصنف آنفا من سلب ولاية الذمى بالاضافة الى المسلم فهذا شرح الكلام بما لايرضى صاحبه فالاولى أن يقول فله الولاية على غير أهل دارنا

قال (وان كانت الحسنات أكثر من السيآت الخ) واذا كانت الحسنات أكثر من السيآت وذلك بعد أن يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر والاصرار على الصغيرة (٤٤) كبيرة يعتبر غالب أحواله فى تعاطى الصغائر فان كان اتيانه بما هو مأذون فى الشرع أغلب من إلمامه بالصغائر جازت شهادته ولا تنقدح عدالته بالمام الصغائر لئلا يفضى الى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لاحيائها (وتقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختتن) لان الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى حينئذ عدلا بل مسلما وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد فى ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده لما روى أن الحسن والحسين رضى الله عنهما ختنا اليوم السابع أو بعد السابع لكنه شاذ

(وان كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان ألم بمعصية) هذا هو الصحيح فى حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقى الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فأما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان فى اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال (وتقبل شهادة الاقلف) لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا

ولا شهادة للعبد على أحد وذلك لان الذمى أعلى من المستأمن لانه قبل خلف الاسلام وهو الجزية فهو أقرب الى الاسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذمى عندنا لا بالمستأمن وقوله بخلاف الذمى متصل بقوله فان كانوا من دارين يعنى تقبل شهادة الذمى على المستأمن وان كانوا من أهل دارين مختلفين لان الذمى بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمى وانما لا يجرى التوارث بين الذمى والمستأمن لان المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب فى الارث والمال (قوله واذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته) هذا هو معنى المروى عن أبى يوسف فى حد العدالة وهو أحسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يتعرض لامر المروءة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصى والمروى عن أبى يوسف هو قوله أن لا يأتى بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا نقله عنه القاضى أبو حازم حين سأله عبيد الله ابن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال أحسن ما نقل فى هذا الباب ما روى عن أبى يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصارى القاضى ثم ذكر ذلك وكان يكتبه الى قوله ومروءته ظاهرة وقول المصنف (فأما الالمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة) يريد الصغيرة ولفظ الالمام وألم قد اشتهر فى الصغيرة ومنه قول أبى خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة

ان تغفر اللهم تغفر جما * وأى عبد لك لا ألما

هكذا أورده العتبى عنه بسنده ونسبه الخطابى الى أمية ونسبة صاحب الذخيرة اياه الى النبى صلى الله عليه وسلم غلط ولا بأس بذكر أفراد نص عليها منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه فى دين ولا حال وان كان متأولا فى تركها كان يكون معتقدا افضلية أول الوقت والامام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسى والاول أوجه وذكر الاسبيجابى من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه فى غير ارادة التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الامير عند قدومه ورد شداد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه فى نفقة طريق مكة كأنه رأى منه تضييقا ومشاحة فشهد منه البخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة أو للتفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد زكاته وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد عليه وثيقتها شهودا قال المشايخ ان شهدوا حل لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشرى السلطان على ضمان الجهات والاجارات الضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين فى ترسيمهم (قوله وتقبل شهادة الاقلف)

(قال المصنف اذ لا بد من توقى الكبائر كلها) أقول وفيه بحث ولعل المراد غير ما ذكره من أمثال شرب الخمر سرا وهو قول آخر من أصحابنا فى البدائع ومن أصحابنا من قال اذا كان الرجل صالحا فى أموره تغلب حسناته سيئاته ولا يعرف بالكذب ولا شئ من الكبائر غير أنه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتقوى لا للتلهى يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر يكون كبيرة محضة وان كانت للتداوى انتهى ولعل هذا الاخير هو نص الاولى ويفهم ذلك من قوله هذا هو الصحيح فى حد العدالة انتهى فليتأمل (قال المصنف الا اذا تركه) أقول أى الختان المفهوم من الكلام

(و) تقبل شهادة (الخصى) وهو منزوع الخصية لان عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى ولانها قطعت ظلما فصار كمن قطعت يده (و) تقبل شهادة (ولد الزنا) لان فسق الابوين لا يربو على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما أولى (وقال مالك لا تقبل شهادته فى الزنا لانه يحب أن يكون غيره كمثله) والكاف زائدة كما فى قوله تعالى ليس كمثله شئ فيهتم قلنا الكلام فى العدل وحبه ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مؤاخذ به مالم يتحدث به سلمناه لكن لا نسلم أن العدل يختار ذلك أو يستحبه (وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص) قال الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغى أن لا تقبل شهادته فى الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان يكون امرأة (قال وشهادة العمال جائزة) قال فخر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله فى الجامع الصغير انه كان يعنى أبا حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه فى أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم لان نفس العمل ليس بفسق لان أجلاء الصحابة رضى الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح فى العدالة الا اذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم (قوله وقيل العامل اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لا يجازف فى كلامه تقبل شهادته) لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن أبى يوسف فى الفاسق (لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة) وقيل أراد بالعمال الذين يعملون بايديهم أو يؤاجرون أنفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه المسئلة ردا لقولهم لان كسبهم أطيب الاكساب قال صلى الله عليه وسلم أفضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فانى يوجب جرحا

(والخصى) لان عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده (وولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رحمه الله لا تقبل فى الزنا لانه يحب أن يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام فى العدل قال (وشهادة الخنثى جائزة) لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا أعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لا يجازف فى كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبى يوسف رحمه الله فى الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة

نص عليه الخصاف قال وتجوز صلاته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لا خوفا من الهلاك وكل من يراه واجبا يبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة وما عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته انما أراد به المجوسى ألا ترى الى قوله ولا تؤكل ذبيحته (قوله والخصى اذا كان عدلا) لانه لا مانع لان حاصل أمره مظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصى على قدامة بن مظعون رواه ابن أبى شيبة بسنده ورواه أبو نعيم فى الحلية حدثنا اسمعيل بن مسلم عن أبى المتوكل ان الجارود شهد على قدامة أنه شرب الخمر فقال عمر رضى الله عنه هل معك شاهد آخر قال لا فقال عمر ياجارود ما أراك الا مجلودا قال يشرب ختنك الخمر وأجلد أنا فقال علقمة الخصى لعمر أتجوز شهادة الخصى قال وما بال الخصى لا تقبل شهادته قال فانى أشهد أنى رأيته يتقيؤها فقال عمر ما قاءها حتى شربها فاقامه ثم جلده وأخرجه عبد الرزاق مطولا (قوله وولد الزنا) أى تقبل شهادته فى الزنا وغيره اذ لا تزر وازرة وزر أخرى وعن مالك رحمه الله لا تقبل فى الزنا وهو ظاهر من الكتاب (وشهادة الخنثى المشكل جائزة) اذا شهد مع رجل وامرأة فلو شهد مع رجل واحد أو امرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور ما يحكم به بانه رجل أو امرأة فيعمل بمقتضاه (قوله وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان لان العمل نفسه ليس بفسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجباية المال الواجب ولو كان فسقا لم يله أبو هريرة وأبو موسى الاشعرى لعمر وكثير وهذا أحسن مما قيل ولو كان فسقا لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم لان هؤلاء خلفاء والعمال فى العرف من يوليهم الخليفة عملا يكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة فى ذلك الزمان فتقبل

(قوله سلمناه لكن لا نسلم أن العدل الخ) أقول فيه بحث اذ لا وجه لهذا الكلام بعد تسليم ما سلمه والجواب أن المسلم هو عدم كون القدح مغيا بالتحدث يعنى سلمنا انه مؤاخذ قبل التحدث فيقدح بالعدالة الا أن المؤاخذة فى ارادة ذلك واختياره لا فى مجرد الحب الطبيعى ولا نسلم أن العدل يريد ذلك

قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان الخ) اذا شهد رجلان أن أباهما أوصى الى فلان أو شهد الموصى لهما بذلك أو شهد غريمان لهما على الميت دين أو شهد غريمان للميت عليهما دين أو شهد وصيان أنه أوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخلو إما أن يكون الموت معروفا والوصي راضيا أو لم يكن فان كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها شهادة متهم لعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقه أو فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم وجه الاستحسان أنها ليست بشهادة حقيقة لانها ما توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتأمل في صلاحية من ينصبه وأهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوه مؤنة التعيين ولم يثبتوا بها شيأ فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له أجاب بان الوصيين اذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف لعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا أنكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له نصب ولاية الوصي اذ ذاك فكانت هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما دين فانها تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على أنفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهدا أن أباهما الغائب وكل فلانا بقبض ديونه في بالكوفة لم تقبل شهادتهما أنكر الوكيل ذلك أو ادعاه لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك

قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وان أنكر الوصي لم يجز) وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا أنكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما (وان شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكره لا تقبل شهادتهما) لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة

مالم يظهر و ينقشع عنه الظلم كالحجاج وقيل أراد ما روي عن أبي يوسف في الفاسق الوجيه وعلمت ما فيه ورده شهادة الوزير لقوله للخليفة أنا عبدك بعد هذه الرواية وقيل اراد بالعمال الذين يعملون و يؤاجرون أنفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم أطيب كسب وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم و يأخذها طوعا لا تقبل وقدمنا عن البزدوي أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وان كان أصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات في بلادنا لانهم كلهم أعوان على الظلم (قوله واذا شهد الرجلان) صورتها رجل ادعى أنه وصي فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان لذلك الميت أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس أن لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد أما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويريحهما و يقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع اليه والوصيان لوجود من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل وجه الاستحسان أنا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضي شيأ لم يكن واجبا عليه بل انما اعتبرناها على وزان القرعة لا يثبت بها شيء ويجوز استعمالها لفائدة غير الاثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب في السفر باحدى نسائه ولدفع التهمة عن القاضي

(قال المصنف واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان) أقول يقال أوصى اليه أي جعله وصيا وأوصى له بكذا أي جعله موصى له (قال المصنف والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا) أقول قوله والوصي يدعي أي والوصي يرضى هكذا سنح للبال ثم رأيت في شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الاسود ما نصه والمراد من الدعوى في قوله والوصي يدعي هو الرضا اذ الجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضي أن ينصب وصيا اذا رضي هو به انتهى (قوله لانه ليس له نصب ولاية الوصي) أقول الظاهر أن يقال ليس له ولاية نصب الوصي

فى تعيين الاوصياء فكذا هذه الشهادة فى هذه الصور لم تثبت شيأ وانما اعتبرناها الفائدة اسقاط تعيين الوصى عن القاضى فان للقاضى اذا ثبت الموت ولا وصى أن ينصب الوصى وكذا اذا كان للميت وصى وادعى العجز وهذه الصور من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيأ وثبت الموت فللقاضى أو عليه أن ينصب وصيا فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضى بذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية أوجبتها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بعجز شرعى منهما عن التصرف الا أن يكون هو معهما أو بعجز علمه الميت منهما حتى أدخله معهما فينصب القاضى الآخر وفى الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضى لا يملك نصب وصى قبل الموت الا فى شهادة الغريمين المديونين فانه لا يشترط فى اثبات الوصى الذى شهدا له ثبوت الموت لانهما مقران على أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما فى ذلك أكبر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعا وهذا بخلاف ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يدعى الوكالة لا تقبل لانه ليس للقاضى ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو أثبت القاضى وكالته لكان مثبتا لها بهذه الشهادة وهى لا تقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف واذا تحققت ما ذكر ظهر أن عدم قبول هذه الشهادة ثابت قياسا واستحسانا اذ ظهر أنه لم يثبت بها شئ وانما ثبت عنده ما نصب القاضى وصيا اختاره وليس هنا موضع غير هذا يصرف اليه القياس والاستحسان ولو اعتبرا فى نفس ايصاء القاضى اليه فالقياس لا يأباه فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن أصحاب المذهب فى الجامع الصغير ليس الا محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله فى شاهدين شهدا لرجل أن أباهما أوصى اليه قال جائز ان ادعى ذلك وان أنكر لم يجز وان شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلا فى ذلك كله لان القاضى لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهى ليست بموجبة * (فروع) اذا شهد المودعان بكون الوديعة ملكا لمودعهما تقبل ولو شهدا على اقرار مدعيها انها ملك المودع لا تقبل الا اذا كانا ردا الوديعة على المودع ولو شهد المرتهنان بالرهن لمدعيه قبلت ولو شهدا بذلك بعد هلاك الرهن لا تقبل و يضمنان قيمته للمدعى لاقرارهما بالغصب ولو شهدا على اقرار المدعى بكون الرهن ملك الراهن لا تقبل وان كان الرهن هالكا الا اذا شهدا بعد رد الرهن واذا أنكر المرتهنان فشهد الراهنان بذلك لا تقبل وضمنا قيمته للمدعى لما ذكرنا ولو شهد الغاصبان بالملك للمدعى لا تقبل الا اذا كان بعد رد المغصوب ولو هلك فى يدهما ثم شهدا للمدعى لا تقبل ولو شهد المستقرضان بأن الملك فى المستقرض للمدعى لا تقبل لا قبل الدفع ولا بعده ولو رد عينه وعن أبى يوسف تقبل بعد رد العين لعدم الملك قبل استهلاكه عنده حتى كان أسوة الغرماء اذا شهد المشتريان شراء فاسدا بأن المشترى ملك للمدعى بعد القبض لا تقبل وكذا لو نقض القاضى العقد أو تراضوا على نقضه هذا اذا كان فى يدهما فلو رداه على البائع ثم شهدا قبلت ولو شهد المشترى بما اشترى لانسان ولو بعد التقايل أو الرد بالعيب بلا قضاء لا تقبل كالبائع اذا شهد بكون المبيع ملكا للمدعى بعد البيع ولو كان الرد بطريق هو فسخ قبلت وشهادة الغريمين بأن الدين الذى عليهما لهذا المدعى لا تقبل وان قضيا الدين وشهادة المستأجر بكون الدار للمدعى ان قال المدعى ان الاجارة كانت بأمرى لا تقبل ولو قال كانت بغير أمرى تقبل وشهادة ساكن الدار بغير اجارة للمدعى أو عليه تقبل خلافا لمحمد فيما عليه بناء على تجويز غصب العقار وعدمه ولو شهد عبدان بعد العتق عند اختلاف المتعاقدين أن الثمن كذا لا تقبل وفى العيون أعتقهما بعد الشراء ثم شهدا على البائع أنه استوفى الثمن من المشترى عند جحوده تجوز اجماعا ولو وكله بالخصومة فى ألف قبل فلان فخاصم عند غير القاضى ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضى فشهد بهذه الالف لموكله جازت

قال (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك) لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولانه هتك السر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة

خلافا لابى يوسف فانه يجعله بمجرد الوكالة قام مقام الموكل ولو كان خاصم عند القاضى والباقى بحاله لم تجز ولو خاصم فى الالف عند القاضى والوكالة بكل حق قبل فلان فعزله فشهد لموكله بمائة دينار ان كان التوكيل عند القاضى قبلت وان كان خارجا عنه فاحتاج الى اثبات الوكالة عند القاضى بالاشهاد لا تقبل لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصما فى جميع ما على هذا الرجل فشهادته شهادة الخصم بخلاف الاول لان القاضى علم بالوكالة وعلمه ليس قضاء فلا يصير خصما فتقبل فى غير ما صار فيه خصما هذا كله فى الوكالة الخاصة وهى التوكيل بالخصومة والطلب لما على رجل معين وحكمها أن لا يتناول الحادث بعد التوكيل أما العامة وهى أن يوكله بطلب كل حق له قبل جميع الناس أو أهل مصر فيتناول الحادث بعد التوكيل وفيها لا تقبل شهادته لموكله بشئ على أحد بعد العزل الا على ما وجب بعد العزل شهد ابنا الموكل أن أباهما وكل هذا بقبض ديونه لا تقبل اذا جحد المطلوب الوكالة وكذا فى الوكالة بالخصومة وشهادة ابنى الوكيل على الوكالة لا تقبل وكذا شهادة أبويه وأجداده وأحفاده وشهادة الوصى للميت بعد ما أخرجه القاضى عن الوصاية لا تقبل ولو بعد ما أدركت الورثة سواء خاصم فيه أولا ولو شهد لكبير على أجنبى تقبل فى ظاهر الرواية ولو لكبير وصغير معا فى غير الميراث لا تقبل ولو شهد الوصيان على اقرار الميت بشئ معين دار أو غيرها والوارث بالغ تقبل والله أعلم (قوله ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح ولا يحكم به) قيل قوله ولا يحكم به تكرار أجيب بجواز أن لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفى الامرين والمراد الجرح المجرد عن حق الشرع أو العبد فان كان متضمنا أحدهما سمعت الشهادة وحكم بها وذلك بان يشهدوا أن الشهود فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على اقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو أنهم رجعوا عن الشهادة أو على اقرارهم أنهم أجراء فى هذه الشهادة أو اقرارهم أن المدعى مبطل فى هذه الدعوى أو اقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة ففى هذه الوجوه لا تقبل لثلاثة أوجه أصحها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف أحدهما أن الشهادة انما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم والفسق لا يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام وليس فى وسع القاضى الزام الفسق لاحد لتمكنه من رفعه فى الحال بالتوبة الثانى أن بمجرد هذه الشهادة يفسق الشاهد فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه قال تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه أجيب بان دفعه ليس ينحصر فى افادة القاضى على وجه الاشاعة بان يشهد فى مجلس القضاء المشتمل على ملا من الناس اذ يندفع بان يخبر القاضى سرا فيتفرع على هذا الصور التى ذكرناها ومنها ما لو أقام رجل يعنى المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لهذا الاداء لانه على جرح مجرد فان قيل الاستئجار أمر زائد على مجرد الجرح أجاب المصنف عنه بقوله والاستئجار وان كان أمرا زائدا فلا خصم فى اثباته لان المدعى عليه ليس نائبا عن المدعى فى اثبات حقه هذا بل أجنبى عنه وأورد أنه ينبغى أن تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو أن يجعلوا مزكين لشهود المدعى فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعديلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح أجيب بأن المعدل فى زماننا يخبر القاضى سرا تفاديا من اشاعة الفاحشة والتعادى وأما الرجوع عن الشهادة فانه لا يسمع الا عند القاضى وقول الشاهد لا شهادة عندى لشك أو ظن عراه بعد ما مضت فلا تقبل الشهادة فاما لو كان الجرح

غير

قال (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح الخ) الجرح اما أن يكون مجردا أو غيره لانه لا يخلو اما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أولا والثانى هو المفرد لتجرده عما يدخل تحت الحكم والاول هو الثانى ولك أن تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعى على الغريم بشئ وأقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا هم فسقة أو زناة أو آكلو ربا فالقاضى لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين أحدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضى عليه من رفعه بالتوبة ورفع الالزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثانى قيل وعليه الاعتماد أن فى الجرح المفرد هتك السر وهو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بتك واجب الستر وتعاطى اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا معدلين فى العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد

(قوله هم فسقة أو زناة) أقول أى زناة فى زمن متقادم

أجيب بان من شرط ذلك فى زماننا أن يقول لا أعلم من حاله أو يعلم القاضى بذلك سرا اذا سأله القاضى تفاديا عن التعادى واحترازا عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع يفيده لجواز أن يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه أيضا (قوله الا انه) استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع أى لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعى أنه أقر ان شهودى فسقة فانها تقبل (لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم) ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعى والحاكى لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا بان المدعى استأجر الشهود لم يسمعها الا انه جرح مجرد وضم الاستئجار اليه ليس بمخرج له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه أجنبيا عنه (حتى لو أقام البينة أن المدعى استأجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان فى يده قبلت لانه خصم (٤٩) فى ذلك) فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه (وكذا اذا أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال) لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع (قوله ولهذا قيل) أى ولما قلنا انه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من حقوق الشرع وليس له ذكر فى المتن وقيل لما قلنا من الدليلين فى الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد

احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم (الا اذا شهدوا على اقرار المدعى بذلك تقبل) لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل) لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان أمرا زائدا عليه فلا خصم فى اثباته لان المدعى عليه فى ذلك أجنبى عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة ان المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان فى يده تقبل لانه خصم فى ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو أقام البينة

غير مجرد بل يتضمن اثبات حق للعبد أو لله سبحانه بان يشهدوا أن المدعى استأجرهم بعشرة وأعطاهموها من مالى الذى كان فى يده أو أنى صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا وقد شهدوا وأنا أطالبهم بهذا المال الذى وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا الى آخره لكن لم أدفع اليهم المال لا تقبل لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شرب الخمر أو سرق منى أو زنى أو شريك المدعى فيما ادعى به من المال أو شهدوا على اقرارهم بأنهم لم يحضروا ذلك المجلس الذى كان فيه هذا الامر قبلت أو على اقرار المدعى أنه استأجرهم تقبل فى ذلك كله لان منه ما تضمن حقا للعبد ومواضعه ظاهرة وفى ضمنه يثبت الجرح ومنه الشهادة برقهم فان الرق حق للعبد ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بسرقتهم وشربهم وزناهم أو غير حد كالشهادة بانهم محدودون فانها قامت على اثبات قضاء القاضى وقضاء القاضى حق الشرع ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن اشاعة فاحشة فتقبل ومنه شهادتهم بانهم شركاء المشهود له اذ ليس فيه اظهار الفاحشة فتقبل فتصير الشركة كالمعاينة والمراد أنه شريك مفاوض فهما حصل من هذا المال الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يريد أنه شريكه فى المدعى به والا كان اقرارا بان المدعى به لهما وكذا كل ما يشهدون به على اقرار المدعى بما نسبه الى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه اشاعة منهم بل اخبار عن اخبار المدعى عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مؤاخذ بزعمه فى حق نفسه وكذا الاشاعة فى شهادتهم أنهم محدودون انما هى منسوبة الى قضاء القاضى أو شهادة القذف هذا وقد نص الخصاف فى الجرح المجرد أنه تقبل الشهادة به نقيل فى وجهه انه يسقط العدالة فتقبل كالرق وانت سمعت الفرق وأول جماعة قول الخصاف

(قوله أجيب بان من شرط ذلك فى زماننا الخ) أقول فيه أن التقييد بقوله فى زماننا يدل على جواز تفسيق الشاهد علانية فى الزمان الاول وهو المفهوم أيضا من الكتب مع أن الدليل المعتمد ينفيه كما لا يخفى فليتأمل فى جوابه (قوله الا انه استثناء الخ) أقول فى نسخ الهداية الا اذا الخ فقول الشارح قوله الا انه الخ ليس كما ينبغى بل الصواب أن يقال الا اذا ثم ان قوله استثناء من قوله لان الفسق غير مسلم بل هو استثناء من قوله ولا يسمع القاضى البينة (قال المصنف وكذا لو أقامها على انى صالحت) أقول لعل المراد بصالحت أعطيت الرشوة لدفع ظلم والا فلا صلح بالمعنى الشرعى بينهما (قوله ولهذا قيل) أقول القائل هو الكاكى (قوله وليس له ذكر فى المتن) أقول والامر فيه بين أيضا فان المعلومية بالالتزام تكفى فى ذلك لان تخصيص عدم سماع بينة الجرح المجرد بالذكر يدل عليه دلالة واضحة فان التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عدا المذكور (قوله وقيل لما قلنا الخ) أقول الاظهر أن يقال لما مر من أن عدم سماع بينة الجرح المفرد مبنى على هذين الدليلين قلنا كيت وكيت لعدم جريانهما لان الاصل هو القبول لا مانع وانما قلنا ان الاظهر ذلك لما لا يخفى عما فى تقرير الشارح حيث يدل على ان ما ذكره مبنى على ذينك الدليلين وليس الامر كذلك

وكان المناسب أن يقول ولذلك وهذا أسهل والمعنى اذا أقام المدعى عليه البينة (أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شارب خمر أوسارق أو قاذف أو شريك المدعى قبلت) لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة أما قوله انه عبد فلما أنه يثبت الرق وهو ضعف حكمى أثره فى سلب الولاية وهو حق الله تعالى وموضعه أصول الفقه وأما قوله انه محدود فى قذف فلأنه تعلق به حكم وهو اكمال الحد برد شهادته وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل فى هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت فالجواب أن اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جائز لقوله صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا يقال وقد تحققت فى الجرح المجرد أيضا الدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لانها تندفع بان يقول للقاضى سرا ولا يظهره فى مجلس الحكم وعلى هذا فى اقامة البينة على ذلك اعتباران أحدهما أن يكون بجرح الشهادة وهو غير مقبول والثانى لاقامة الحد وهو مقبول ومن علامانه عدم التقادم وأما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا أقام البينة ان الشاهد ابن المدعى أو أبوه قال (ومن شهد ولم يبرح الخ) ومن شهد ثم قال أوهمت بعض شهادتى قال فخر الاسلام أى أخطأت بنسيان ما يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة يعنى تركت ما يجب على أو أتيت بما لا يجوز لى فاما أن يقول ذلك وهو فى مجلس القاضى أو بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما أن يكون عدلا أو غيره والمتدارك اما أن يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من أحد الخصمين أولا فان كان غير عدل ردت شهادته (٥٠) مطلقا اى سواء قاله فى المجلس أو بعده فى موضع الشبهة أو غيره وان كان عدلا قبلت شهادته فى غير موضع الشبهة مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجراه مثل أن يترك ذكر اسم المدعى والمدعى عليه أو الاشارة الى أحدهما سواء كان فى مجلس القضاء أو فى غيره وتدارك ترك لفظ الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء أن يتكلم الشاهد بلفظ أشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط وأما اذا كان فى موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هى خمسمائة أو بالعكس فانها تقبل اذا قال فى المجلس بجميع ما شهد أولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضى بشهادته ووجب المدعى قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله أوهمت وبما بقى أو زاد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل فى المجلس كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسى رحمه الله وهذا التدارك يمكن أن يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المصنف (ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه فى أوانه) وهو قبل البراح من المجلس (وهو عدل وأما اذا كان بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل) لانه يوهم الزيادة من المدعى باطماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك (فوجب الاحتياط

أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعى تقبل قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتى فان كان عدلا جازت شهادته) ومعنى قوله أوهمت أى أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه فى أوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط

يحمله على شهادتهم على اقرار المدعى ذلك أو انه يجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر وقد تقدم فى هذا ما يمنعه ثم قد وقع فى عدة صور عدم القبول أن يشهدوا بانهم فسقة أو زناة أو شربة خمر وفى صور القبول أن يشهدوا بانه شرب أو زنى لانه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج الى جمع وتأويل (قوله ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتى أى أخطأت لنسيان) عرانى بزيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هى خمسمائة أو بنقص بان شهد بخمسمائة فقال أوهمت انما هى الف (جازت شهادته) اذا كان عدلا أى ثابت العدالة عند القاضى أولا فسأل عنه فعدل (ووجهه أن الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجلس القضاء) اذ طبع البشر النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتمكن تهمة استغواء

(قوله وكان المناسب أن يقول ولذلك) أقول ليكون اشارة الى بعده (قوله أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى) أقول أو شارب أى ولم يتقادم وقوله أو سارق أى من المدعى عليه وقوله أو قاذف أى والحال أن المقذوف يدعيه وقوله أو شريك المدعى أى والمدعى مال قال المصنف (حتى قال أوهمت بعض شهادتى) أقول منصوب على نزع الخافض أى فى بعض شهادتى قال المصنف (قوله أوهمت أى أخطأت) أقول الاولى حذف أى التفسيرية كما لا يخفى فيكون مجازا من باب ذكر الخاص وارادة العام لان أوهم بمعنى أسقط (قال المصنف أو بزيادة كانت باطلة) أقول جملة كانت باطلة صفة لزيادة (قوله بجميع ما شهد أولا) أقول أى ألفا أو خمسمائة (قوله وبما بقى أو زاد عند آخرين الخ) أقول والاظهر عندى قول الآخرين فان على قول بعض المشايخ يكون الشاهد مكذبا فى قوله الثانى فينبغى أن لا تقبل شهادته مطلقا ثم ان المراد من قوله وبما بقى خمسمائة ومن قوله أو زاد ألف (قوله وبعدها) أقول الظاهر أن يقال بعده

لان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار كلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط فى بعض الحدود أوفى بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام أصلا مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا وعن أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله فى غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ماذكرناه والله اعلم

المدعى فى الزيادة والمدعى عليه بالنقص فى المال فلا تقبل (وعلى هذا اذا غلط فى بعض الحدود) بان ذكر الشرقى مكان الغربى ونحوه (أوفى بعض النسب) بان قال محمد بن على بن عمران تداركه فى المجلس قبل وبعده لا واذا جازت ولم ترد فبماذا يقضى قيل بجميع ماشهد به لان ماشهد به صار حقا للمدعى على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله أوهمت ولابد من قيده بان يكون المدعى يدعى الزيادة فانه لو شهد له بالف وقال بل الف وخمسمائة لايدفع الا ان ادعى الالف وخمسمائة وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى أن يدعى الفا وخمسمائة فيشهد بالف ثم يقول أوهمت انما هو الف وخمسمائة لاترد شهادته لكن هل يقضى بالف أو بالف وخمسمائة قيل يقضى بالكل وقيل بما بقى فقط وهو الالف حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وانما هو خمسمائة يقضى بخمسمائة فقط لان ماحدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بالف فكذا اذا غلط واليه مال شمس الائمة السرخسى فعلى هذا قوله فى جواب المسئلة جازت شهادته أى لاترد لكن لايقضى الا كما قلنا سواء كان وهمه ذلك قبل القضاء أو بعده وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعده وقالا أوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما وظاهر هذا أنه يقضى بالكل وعن أبي يوسف فى رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت فى كذا وكذا فان كان القاضى يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقى وان لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وعن محمد اذا شهدوا بان الدار للمدعى وقضى القاضى بشهادتهم ثم قالوا لاندرى لمن البناء فانى لا أضمنهم قيمة البناء وحده كما لو قالوا شككنا فى شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعى ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم بهذا أن الشهود لا يختلف الحكم فى قولهم شككنا قبل القضاء وبعده فى أنه يقبل اذا كانوا عدولا بخلاف ما اذا لم يكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظ الشهادة أو الاشارة الى المدعى عليه أو المدعى أو اسم أحدهما فانه وان جاز بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لايتصور بلا شرطه وهو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لايكون قضاء * (فروع) من الخلاصة وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجال من أهل القرية أنه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود أولاد فى المكتب قبلت فان كان لهم أولاد فالاصح أنه تجوز أيضا وكذا لو شهد أهل المحلة للمسجد بشئ وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهلها تقبل وكذا اذا شهدوا أن هذا المصحف وقف على هذا المسجد أو المسجد الجامع وكذا أبناء السبيل اذا شهدوا أنه وقف لابناء السبيل وقيل ان كان الشاهد يطلب لنفسه حقا من ذلك لاتقبل وقال بعضهم منهم الامام الفضلى لاتقبل شهادة أهل المسجد وقال أبو بكر بن حامد فى جنس هذه المسائل تقبل على كل حال لان كون الفقيه فى المدرسة والرجل فى المحلة والصبى فى المكتب غير لازم بل ينتقل وأخذ هذا مما سنذكره من كلام الخصاف ولو شهدا أنه أوصى لفقراء جيرانه وللشهود أولاد محتاجون فى جوار الموصى قال محمد لاتقبل للابن وتبطل للباقين وفى الوقف على فقراء جيرانه كذلك وفى وقف هلال قال وتقبل شهادة الجيران على الوقف قلت وكذا ذكر الخصاف فى أوقافه فيمن شهد على أنه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه أو على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لان فقراء

(قوله ولان المجلس اذا اتحد) دليل آخر على ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة فانه ألحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية فى الزيادة والنقصان كما ذكرناه (وعلى هذا) أى على اعتبار المجلس فى دعوى التوهم (اذا وقع الغلط فى بعض الحدود) فذكر الشرقى فى مكان الغربى أو بالعكس (أوفى بعض النسب) كأن ذكر محمد ابن أحمد بن عمر بدل محمد بن على بن عمر مثلا فان تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا (وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله فى غير المجلس أيضا فى جميع ذلك لان فرض عدالته ينفى توهم التلبيس والتغرير (والظاهر ماذكرناه) أولا من تقييد ما فيه شبهة التغرير بالمجلس والله أعلم .

(قوله وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة) أقول بل فى الدليل الاول أيضا اشارة اليه يظهر ذلك بالتأمل (قال المصنف وهذا اذا كان موضع شبهة) أقول أى شبهة التلبيس وفى النهاية موضع الشبهة هو موضع الزيادة والنقصان انتهى وفيه بحث

تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلا والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب فأخره وضعا للتناسب قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الخ) الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم أن الدعوى هى مطالبة بحق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها للشهادة هو أن يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين أو ادعى سرقة ثوب أحمر

وشهد بأبيض أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة أو ادعى شق زقه واتلاف ما فيه به وشهد بانشقاقه عنده أو ادعى عقارا بالجانب الشرقى من ملك فلان وشهد بالغربى منه أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى وأما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط ألا ترى أن المدعى يقول أدعى على غريمى هذا والشاهد يقول أشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

(قوله والاختلاف انما هو بعارض الجهل) أقول وأيضا الاختلاف هو سلب الاتفاق والاتحاد أى ملزومه وأيضا الاتفاق من الاختلاف كالمفرد

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل)

الجيران ليسوا قوما مخصوصين ألا ترى أنه انما ينظر الى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة فمن انتقل منهم من جواره لم يكن له فى الغلة حق ألا ترى أن رجلين فقيرين من أهل الكوفة لو شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على فقراء أهل الكوفة أن الشهادة جائزة فان الوقف ليس لهما بأعيانهما خاصة ألا ترى أن ولى الوقف لو أعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا وكذلك كل شهادة تكون خاصة وانما هى عامة مثل أهل بغداد وأهل البصرة ونحو ذلك ان الشهادة جائزة وذكر قبل هذا بأسطر ان شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه فشهادتهما باطلة وكأن الفرق تعينهما فى هذه الصورة اذ لا جيران له سواهما بخلاف تلك الصورة ولو شهدوا أنه أوصى بثلثه للفقراء وأهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض أهل القرية على بعض أهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان خراج كل أرض معينا أو لا خراج للشاهد تقبل وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل وكذا أهل سكة يشهدون بشئ من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل وفى النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا آخذ شيأ تقبل وكذا فى وقف المدرسة على هذا فى فتاوى النسفى وقيل ان كانت السكة نافذة تقبل مطلقا وفى الأجناس فى الشهادة على الوصية للفقراء وأهل بيت الشاهدين فقراء لا تقبل لهما ولا لغيرهما ولو شهدا أنه أوصى بثلثه لفقراء بنى تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيأ ولو شهدا أنه جعل أرضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا أو فقيران لم تجز شهادتهما ووضع هذه الخصاف فيما اذا شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على أهل بيته وهما من أهل بيته فهى باطلة قال وكذا اذا شهدوا على فقراء أهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا يثبت الوقف لهما بشهادتهما وكل شهادة تجر نفعا للشاهد أو لأبويه أو لأولاده أو لزوجته لا تجوز

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

الاختلاف فى الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع اما عن رؤية كما فى الغصب والقتل أو سماع اقرار وغيره والشاهدان مستويان فى ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلهذا أخره عما لم يذكر فيه خلاف (قوله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل)

من المركب اذ الاتفاق هو الاتحاد والواحد مقدم على المتعدد فليتأمل (قال المصنف الشهادة اذا وافقت قبلت) لانّ

أقول صدر الباب بهذه المسئلة مع أنها ليست من الاختلاف فى الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ألا يرى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى على من له أدنى بصيرة (قوله وقد عرفت معنى الشهادة) أقول فى أول كتاب الشهادة (قوله فاعلم أن الدعوى هى مطالبة بحق فى مجلس من له الخلاص) أقول أى من له خلاصه كقوله تعالى فان الجنة هى المأوى (قوله أو ادعى شق زقه) أقول فيه بحث (قوله وشهد بانشقاقه) أقول أى من غير شقه (قوله أو ادعى أنه ملكه) أقول لا يخفى أن المناسب لما سبق هو كون الاختلاف فى الملك الذى هو احدى مقولات العرض وليس كذلك بل ما ذكره من قبيل النسبة

(لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها) اما ان تقدمها فيها شرط لقبولها فلأن القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها ولا نعني بالخصومة الا الدعوى وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب وأما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط والثاني أنه عند المخالفة تعارض كلام المدعي (٥٣) والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى

لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى (وقد وجدت) الدعوى (فيما يوافقها) أي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل (وانعدمت فيما يخالفها) فانها لما لم توافقها صارت الدعوى بشيء آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة واعلم انه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل اما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان أكثر فمن الاقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر ما سماه أو أقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا فى غير نسخة من الخلاصة والظاهر أنه انما يستقيم اذا كانت هي المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا أو بالنتاج فشهدوا فى الاول بالملك بسبب وفى الثاني بالملك المطلق قبلت لان الملك بسبب أقل من المطلق لانه يفيد الاولية بخلاف ذي السبب يفيد الحدوث والمطلق أقل من النتاج لان الملك المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفى قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان ذلك السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده فى الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه أما لو جهله فقال اشتريته أو قال من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية وذكر الخلاف فى القبول رشيد الدين وعن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر فى شيء من الكتب واختلف المشايخ فيه والأصح لا يحل له قلت كيف وفيه ابطال حقه فانه لا تقبل فيما لو ادعاها بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال وقبضته منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت فى الخلاصة تقبل وحكى فى فصول العمادي خلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا لأن دعوى الشراء معتبرة فى نفسها الا كالمطلق ألا يرى أنه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا فى شرح الحيل للحلواني فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الائمة محمود الاوزجندي لا تقبل قال فى المحيط فى الاقضية مسئلتان تدلان على القبول انتهى وعندي الوجه القبول لأن أولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بسبب جعل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا أولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانه ببعض ما شهدوا به أولا ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا به وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما لو شهدوا جميعا

اعتبر بدون كلام المدعي والجواب عن الاول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول لوجود العلة وانتفاء المانع لا لأن وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني بان الأصل فى الشهود العدالة لا سيما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل

(قوله أما أن تقدمه) أقول الظاهر أن يقال تقدمها (قوله فلأن القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها) أقول هذا لا يدل على شرطية التقدم بل على شرطية وجودها مطلقا والاصوب أن يقال لان الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعي فى حقوق العباد ولا يكون ذلك الا بدعواه سابقا (قوله وأما وجودها عند الموافقة الخ) أقول كذا ذكره الشارحون وعندي الاولى أن يقال أما وجودها عند الموافقة فظاهر وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود فحينئذ لا يرد البحث الثاني أصلا على أن الدعوى لو جعلت معدومة لما قبلت لو أتى المدعي بشاهدين آخرين وأيضا ما ذكره فى الجواب مخالف لما سيأتي فى مسئلة الشهادة بالالف والخمسمائة اذا ادعى المدعي الالف حيث جعل سكوت المدعي عن الخمسمائة تكذيبا للشاهد وتفسيقا له ولهذا لم تقبل فليتأمل (قوله وعن الثاني الى قوله عملا بالاصل) أقول مخالف لما سيجيء أن اكذاب المدعي شاهده تفسيق له فراجعه

بالمطلق ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق واذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر تقبل
في دعوى غير المؤرخ لا في دعوى الملك المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل
لانه أقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان للشراء شهران فأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو أرخ المطلق
بان قال هذا العين لي منذ سنة فشهدا أنه له منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل * ومن الزيادة
والنقص ما تضمنه هذه الفروع التي نذكرها دار في يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى رجل
على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها
أكثر من المدعى به ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا
شيأ لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل وفي المحيط
نقلا من الاقضية وأدب القاضي للخصاف اذا ادعى الملك للحال أي في العين فشهدوا أن هذا العين كان
قد ملكه تقبل لانها أثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل قال رشيد الدين بعد
ما ذكرها لا يجوز للقاضي أن يقول امروز ملك وى مى دانيت انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول
أتعلمون أنه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج من ملكه فقط ذكره في المحيط
قال العمادي فعلى هذا اذا ادعى الدين فشهدا أنه كان له عليه دين كذا ينبغي أن تقبل كما في العين ومثله
اذا ادعى أنها زوجته فشهدوا أنه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك
في الماضي أما لو شهدوا باليد له في الماضي لا يقضي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة
بالملك على ما أسلفناه وعن أبي يوسف يقضي بها وخرج العمادي على هذا ما في الواقعات لو أقر بدين
رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه ان شاهدي الاقرار يشهدان أنه كان
عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان عليه
تقبل وهذا غلط فانه انما تعرض لما يسوغ له أن يشهد به لا للقبول وعدمه بل ربما يؤخذ من منعه
احدى العبارتين دون الاخرى ثبوت القبول في احداهما دون الاخرى كيف وقد ثبت بشهادة العدلين
عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضي بذلك وأن القاضي حينئذ لا يقضي بشئ
وسيأتي من مسائل الكتاب اذا علم شاهد الالف أنه قضاه خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقبضها والله
سبحانه أعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي أن هذه الجارية كانت ملكي فشهدا أنها له اختلف
في قبولها والاصح أنها لا تقبل وكذا لو ادعى أنه كان له وشهدا أنه كان له لا تقبل وانما لم تقبل اذا شهدوا
على طبق دعواه هذه أنها كانت له لان اسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار
على الماضي الا ذلك فلم يكن ما شهدوا به مدعى به بخلاف الشاهدين اذا أسندا ذلك لا يدل على نفيهما اياه
في الحال لجواز قصدهما الى الاحتراز عن الاخبار بما لا علم لهما به اذ لم يعلما سوى ثبوته في الماضي وقد
يكون انتقل فيحترزان عنه وان كان يثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين
الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة أو رديئة أو وسطا تقبل ويقضي بالردئ بخلاف ما لو
ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها أن
من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل
وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بألف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع أنه
أشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على أنهما
شهدا على اقراره بذلك أي اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان مثله في الاقرار تقبل لما سيأتي في المسئلة
المذكورة قبلها وفي الكفالة اذا شهدوا أنه كفل بألف عن فلان فقال الطالب هو أقر بذلك لكن
الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما

قال (و يعتبر اتفاق الشاهـدين فى اللفظ والمعنى عند أبى حنيفة الخ) الموافقـة بين شهادة الشاهـدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولـكنهم اختلفوا فى انها شرط من حيث اللفظ والمعنى أو من حيث المعنى خاصة فاما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لايمنع بلا خلاف ولهذا اذا شهد

أحدهما بالهبة والآخر بالعطية فهى مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه أبو حنيفة وجوزاه

قال (و يعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى عند أبى حنيفة فان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنـده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المـدعى يدعى الالفـين) وعلى هـذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث

الاختلاف فى السبب ومثله ادعى أنه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الاجارة تقبـل وان لم يشهدوا على عقـد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا عـلى اقراره بالمال تقبـل ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول فى المحيط والعمدة وقال قاضيخان قالوا تقبل عند أبى يوسف ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضـه كالشهادة على البيع فان الشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول للذى اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر باقراره أنه قضاه لاتقبـل ولو شهدوا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدوا أنه اشـتراها من وكيله لاتقبـل وكذا لو شهدوا أن فلانا باعها منـه وهـذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى أنك قبضت من مالى جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غـير المدعى تقبـل و يجبر على احضاره لانه قال من مالى ولم يقل قبضت منى فلا يكون ماشهدا به يناقضه فيحضره ليشير اليـه بالدعوى فاذا اختلف الشاهـدان ووجد شرط القبول فى شهادة أحدهما فقط وهو ماطابق الدعوى من الشاهدين قالوا احد لاتقوم به الحجة للقاضى وانما قيـد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى مدع خاص غـير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقـه تعالى واجب على كل أحـد القيام به فى اثباته وذلك الشاهـد من جملة من عليـه ذلك فكان قائما فى الخصومة من جهة الوجوب عليـه وشاهـدا من جهة تحمل ذلك فـلم يحتج فيها الى خصم آخر (قوله و يعتبر اتفاق الشاهدين الخ) أى يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى أيضا لوجوب القضاء ثم الشرط فى تطابق الشاهدين عند أبى حنيفة رحمه الله (فى اللفظ والمعنى) والمراد من تطابقهما تطابق لفظهـما على افادة المعـنى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادف حتى لو شهد أحـدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لابطريق التضمن (فلو شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل) فلم يقض بشئ (عند أبى حنيفة وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعى يدعى ألفين) بخلاف مالو كان يدعى الفا لايقضى بشئ اتفاقا لانه أكذب شاهد الالفين الا ان وفق فقال كان لى عليـه الفان فقضانى ألفا أو أبرأته من ألف والشاهد لايعلم بذلك فحينئذ يقضى له بالالف وعلى هذا لو شهد أحـدهما بمائة والآخر بمائتين أو بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لايقضى بطلاق أصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان وهذا فى دعوى الدين أما فى دعوى العين بان كان فى كيس ألفا درهم فشهد أحدهما أن جميع ما فى الكيس وهو الفا درهم له وشهد آخر أن جميع ما فى الكيس له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار فى المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخبازى و بقولهما قال الشافعى وأحمد رحمهما الله ثم فى رواية عن الشافعى وأحمـد يستحق الزائد بالحلف عليه

(فان شهد أحدهما بألف والآخر بألفـين لم تقبـل عنده وقالا تقبل على الالف اذا كان المـدعى يدعى ألفـين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقـة والثلاث)

(قال المصنف ويعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ) أقول المراد منـه تطابق اللفظين على افادة المعـنى بطريق الوضـع لابطريق التضمن فلا يضر مخالفة اللفظ اذا اتحد المعـنى كما فى الهبـة والعطية والنكاح والتزويج (قوله الموافقـة بين شهادة الشاهـدين الخ) أقول فى العموم بحث فان موافقة الشهادتـين فى الكيف ليست شرط القبول عنـد أبى حنيفـة على ماسيجىء فى مسئلة سرقة البقرة وشرط بـين الدعوى والشهادة كما صرح به الامام التمرتاشى هناك وكذا الموافقة فى الحكم بـين الدعـوى والشهادة ليست مشروطة كما يجىء فى المبسوط وصرح قاضيخان نعم للشارح تردد فيه (قوله وأما اختلافه بحيث الى قوله بالتضمن) أقول كتب فى هامش الكتاب من خط الشارح ماهو صورته اطلاق التضمن ههنا ليس على اصـطلاح أهـل المعقول لانهما نوعان عنـدهم على ماعرف فى موضعه انتهى فاقول فى قوله نوعان عنـدهم بحث

(لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة) وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به أحدهما كما إذا ادعى ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيجيء (ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا) لأن أحدهما مفرد والآخر تثنية واختلاف الألفاظ إفرادا وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة (١) وإن شئت بالتثنية فإن الألف لا يعبر به عن الألفين لا حقيقة ولا مجازا والألفان لا يعبر بهما عن الألف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا للكلام الآخر (وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد) فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط إذا ادعى ألفين وشهدا بألف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب أبي حنيفة عن ذلك وأجيب بأن اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين فإنه لو ادعى الغصب وشهدا بالإقرار به قبلت ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالإقرار به لم تقبل ولقائل أن يقول قد تقدم في تلقين الشاهد إذا كان في موضع التهمة بأن ادعى ألفا وخمسمائة وأنكر المدعى عليه خمسمائة وشهد الشاهدان بألف فالقاضي يقول يحتمل أنه أبرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي أنه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسألة وما نقلت من المبسوط ما ترى من التنافي فالحق في الجواب لأبي حنيفة أن يحمل ما نقل عن المبسوط على ما إذا وفق الشهادة بدعوى الإبراء أو الإيفاء ولا يلزم أبا حنيفة ما إذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة ولا ما إذا قال لها أنت طالق ألفا فإنه يقع ثلاث لأن الأكثر في ذلك ثابت فيتضمن (٥٦) الأقل وليس فيما نحن فيه كذلك لأن الأكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء

لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما انفرد به أحدهما فصار كالألف والألف والخمسمائة ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المال

(لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما انفرد به أحدهما وصار كالألف والألف والخمسمائة) حيث اتفقنا على أنه يقضى بالألف لذلك وهو أنهما اجتمعا على الشهادة بها (ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا) في لفظ غير مرادف (لأن الألف لا يعبر به عن الألفين) ويلزمه اختلاف المعنى فإنهما (هما) أي الألف والألفان (جملتان) أي عددان (متباينتان حصل على كل واحدة منهما شاهد وصار كما إذا اختلف جنس المال) بأن شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة أو بمائة بيض والآخر بمائة سود والمدعي يدعي السود لا تقبل على شيء أصلا لأن المدعي كذب شاهد البيض إلا أن يوفق المدعي فيقول كان لي البيض فأبرأته من صفة الجودة فتقبل حينئذ أما لو كان يدعي البيض والمسألة بحالها فإنه يقضى بالسود ولم يحكوا خلافا ذكره في الخلاصة عن الأقضية وكذا لو شهدا لمدعي كر حنطة وقال أحدهما جيدة وقال الآخر رديئة والدعوى

قال المصنف (وذلك يدل على اختلاف المعنى) أقول فيه إشارة إلى أن المعتبر عنده هو الاتفاق في المعنى واعتبار اتفاق اللفظ ضرورة أن اتفاق المعنى لا يحصل إلا عنده فتدبر (قال المصنف وهذا لأن الألف لا يعبر به الخ) أقول وأيضا أن شرط الشهادة خالف الدعوى كما لأن المدعي يدعي الألفين وهو اسم لعدد معلوم لا يقع على ما دون ذلك فلم يكن الألف المفرد مدعى فانفردت الشهادة عن الدعوى (قال المصنف فصار كما إذا اختلف جنس المال الخ) أقول ولا يخالف الشهادة فيهما بالأفضل الدعوى كما لأن الألف والخمسمائة اسم لعددين ألا يرى أنه يعطف أحدهما على الآخر فكان كل بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليها تكون قائمة على كل واحد منهما مقصودا فإذا شهد أحدهما بألف فقد شهد بأحد العددين الداخلين تحت الدعوى فحصلت الموافقة في عدد الألف تأمل (قوله لا حقيقة ولا مجازا) أقول مسلم ألا يرى إلى قوله * قفا نبك من ذكرى حبيب ومنزل * (قوله ذكر في المبسوط إلى قوله وأجيب) أقول ذكر قاضيخان في فتاواه إن كان المدعى به دينا فشهدوا بأقل مما ادعاه المدعي نحو ما إذا ادعى ألفا وخمسمائة فشهدوا بخمسمائة من غير دعوى التوفيق وكذا لو ادعى ألفا وشهدوا بخمسمائة يقضى بخمسمائة ولو ادعى ألفا وشهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة لا يقضى بشيء في قول أبي حنيفة لأن عنده اتفاق الشاهدين على المشهود به شرط ولم يوجد بخلاف ما تقدم لأن ثمة اتفق الشاهدان على خمسمائة والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظا ليس بشرط عنده فتقبل شهادتهما على الخمسمائة بغير توفيق اهـ (قوله ووجوب الموافقة الخ) أقول الواو للحالية (قوله ولقائل أن يقول قد تقدم الخ) أقول قبيل باب الحبس في كتاب القاضي (قوله أنه لا يجوز بالاتفاق) أقول أي التلقين إذ الكلام فيه وليس فيه نفي قبول الشهادة حتى يثبت التنافي وجوابه ظاهر فإنه إذا كانت الشهادة مقبولة في هذه الصورة لم يكن موضع التهمة ولا يكون التلقين غير جائز كما لا يخفى (قوله فوقعت واحدة) أقول وذلك لكون الثلاث صارت في يدها مع أبعاضها لكن ملك عدد الثلاث رجله ويده فلها أن توقع كلها أو بعضها (قوله لأن الأكثر في ذلك ثابت) أقول إن أراد ثابت لفظا ففي محل النزاع كذلك أو حكما ففيه بحث إذ ليس في الشرع ألف طلاق

بالافضل يقضى بالاقل وكذا لوادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية وقال الآخر بخارية والمدعى يدعى النيسابورية وهى أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل ويحتاج الى الفرق على قول أبى حنيفة وهو أنهما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة فان قيل لم يقع جواب قولهما الشاهد بالالفين شاهد بالالف فى ضمنهما فاجتمعا عليها وتفرد أحدهما بالزيادة فلا يقبل أجيب بانه ما شهد بها الا من حيث هى جزء الالفين فانما تثبت الالف فى ضمن ثبوت الالفين لان المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم يثبت الالفان فلم يثبت الالف فان قيل يشكل على قوله ما لو ادعى ألفين وشهدا بألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهى شرط على قول الكل وما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضى ببينونة أصلا مع افادتهما معا البينونة وتقدم أن اختلاف اللفظ له وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل أجيب عن الاول بان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا باقراره به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه لما كان يدعى ألفين كان مدعيا الالف وقد شهد به اثنان صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم ينص شاهد الالفين على الالف الا من حيث هى ألفان ولم يثبت الالفان وفى المبسوط والاسرار الذى يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة يعنى قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدى الثلاث لا على شاهدى الواحدة ولو اعتبر ما قالا ان الواحدة توجد فى الثلاث كان الضمان عليهما جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لان التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض اليها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما شاء كما لو طلقها ألفا يقع الثلاث لملكه العدد غير أنه الغا ما فوق الثلاث شرعا وأما عن الثانى فيمنع الترادف لان معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة والمتباينات قد تشترك فى لازم واحد فاختلافهما ثابت فى اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فان هذا يقول ما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر يقول لم تقع الا بوصفها ببرية والا لم تقع البينونة هذا كله اذا لم يدع المدعى عقدا أما ان ادعى المال فى ضمن دعوى العقد من البيع والاجارة فالجواب ما ستعلمه فى آخر الباب واعلم ان من المسائل المذكورة فى أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبى حنيفة ذكرها ولم يذكر خلافا بل أشار الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد أحدهما انه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها قال أجعل لزيد ثلث غلتها الذى أجمعا عليه والباقى للمساكين وكذا اذا سمى أحدهما ما لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما أجمعا عليه وكذا اذا شهد أحدهما أنه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف فى كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفا قال أقدر نفقته وعياله فى العام فان كانت أكثر من الالف حكمت له بالالف أو الالف أكثر أعطيته نفقته والباقى للمساكين هذا بعد أن أدخل الكسوة فى النفقة ثم أورد على نفسه فقال قلت فلم أجزت هذه الشهادة وقد اختلفا فى لفظهما قال المعنى فيه أنه انما أراد الواقف الى أن لزيد بعض هذه الغلة فأجعل له الاقل انتهى فايراد هذا السؤال هو الذى ذكرت أنه أشار الى أنها اتفاقية فان ايراده ليس الا باعتبار قول أبى حنيفة وقوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة انتهى وحاصله أنا علمنا استحقاقه بعض هذا المال

قال (واذا شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لأن الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين (وان قال المدعى لم يكن لى عليه الا الالف فشهادة الذى شهد بالالف والخمسمائة باطلة) لانه كذبه المدعى فى المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان أصل حقى ألفا وخمسمائة ولكنى استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت لتوفيقه

وترددنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر *(فروع) ادعى بالمبيع عيبا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما أنه ملكه والآخر على اقرار ذى اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين الرهن فى هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشترى أقر بذلك تقبل للموافقة لأن البيع فى الاخبار والانشاء واحد ومثله ادعت صداقها فقال وهبتنى اياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول أوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه أن المدعى به فى يده والآخر أنه فى يده لا تقبل وفى المحيط ادعى دارا فشهد أنها داره والآخر على اقرار ذى اليد أنها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على اقراره بها لا تقبل وبخلاف ما اذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل بخلاف ما اذا شهد الآخر أنها كانت فى يده واذا راجعت القاعدة التى نذكرها من الفرق بين اختلاف الشاهدين فى القول والفعل خرجت كثيرا من الفروع والله سبحانه العليم (قوله وان شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة قبلت الشهادة على الف) بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لانهما اتفقا على الالف لفظا ومعنى وانفراد أحدهما بالشهادة بجملة اخرى منصوص على خصوص كميتها لا يقدح فى الشهادة بالألف كما لو شهد أحدهما بالف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما ولو كان انما يدعى الالف وسكت عن التوفيق لم يقض بشئ لانه اكذاب لشاهد الالف وخمسمائة ظاهرا لان السكوت فى موضع البيان بيان الا ان وفق فقال كان حق ألفا وخمسمائة فقضانى أو أبرأته من خمسمائة على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحا لا يقضى بشئ ولا يكفى احتمال التوفيق فى الاصح بخلاف ما اذا قال ما كان لى الا الف لانه اكذاب صريح لا يحتمله التوفيق فلا يقضى بشئ

قال (واذا شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة الخ) ولما تقدم أن اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى شرط القبول (اذا شهد أحدهما بالالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه) ونظيره اذا شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف أو بمائة وبمائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالالف والالفين هذا اذا كان المدعى يدعى الاكثر وأما اذا ادعى الاقل وقال (لم يكن لى الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة) لتكذيبه المدعى فى المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شئ فان قيل لم يكذبه الا فى البعض فما بال القاضى لا يقضى عليه بالباقى كما قضى بالباقى فى الاقرار اذا كذب المقر فى بعض ما أقر به أجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار (قوله وكذا اذا سكت) يعنى اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة بحالها لا يقضى له بشئ (لان التكذيب ثابت ظاهرا) فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه فى الاصح وعلى هذا لو قال كان أصل حقى ألفا وخمسمائة ولكن استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعى أقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلاثة إما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكت عن التصديق والتوفيق أو يوفق وجواب الأولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر

(قوله

١

قال (واذا شهدا بالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة) اذا ادعى ألفا وشهدا بالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة (قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله إنه قضاه لانه شهادة فرد الا أن يشهد معه آخر) فان قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعى على المدعى عليه ألف بل خمسمائة لا غير أجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين الذى هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعى بقبض ما هو غير ما شهد به أولا وهو الدين فلم يعد متناقضا (وعن أبى يوسف أنه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين الا خمسمائة) لان القبض بطريق التملك لما أوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد أحدهما بالف والآخر بخمسمائة وفى ذلك يقضى بالاقل كما قلنا فى الالف والالفين الا أن محمدا خالفه هنا لان ذلك فيما تكون الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك اه (وجوابه ما قلنا) انهما اتفقا على وجوب الالف وانفرد أحدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بأن المدعى كذب من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تفسيق له وكيف يقضى بشهادته وجوابه سيأتى (قوله وينبغى للشاهد) يعنى أن الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغى أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة كى لا يصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق

قال (واذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع قوله انه قضاه) لانه شهادة فرد (الا أن يشهد معه آخر) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال (وينبغى للشاهد اذا علم بذلك (أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة) كى لا يصير معينا على الظلم

(قوله واذا شهدا بالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قضى بالالف لقبول شهادتهما عليها ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد) بسقوط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل (الا أن يشهد معه آخر وعن أبى يوسف) رحمه الله فى غير المشهور عنه (أنه يقضى بخمسمائة) فقط (لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس الا خمسمائة وجوابه ما قلنا) يعنى قوله لاتفاقهما عليه يعنى فبعد ثبوت الالف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل بخلاف ما لو شهدا بالف وقال أحدهما انه قضاه اياها بعد قرضه فانه يقضى بالكل على قول الكل وعن أبى يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضاء وذكروا قول زفر كقول أبى يوسف فى هذه الرواية فانه اكذاب من المدعى فهو كما لو فسقه وجه الظاهر ما قدمناه من أنهما اتفقا وتفرد أحدهما الى آخره ولا يلزم من الاكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطا له (قال) القدورى (وينبغى للشاهد اذا علم بذلك) أى بقضاء الخمسمائة (أن لا يشهد حتى يعترف المدعى بقبضها) لانه لو شهد فاما بالالف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضى فيها بالالف فيضيع حق المدعى عليه واما بخمسمائة يثبت اختلافهما اذا شهد أحدهما بالف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلا على قول أبى حنيفة فيضيع حق المدعى فالوجه أن لا يشهد الذى عرف القضاء حتى يعترف المدعى بالقدر الذى سقط عن المدعى عليه والمراد هنا من لفظ لا ينبغى لا يحل نص عليه فى جامع أبى الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم أن لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر الى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فانه قضاه كله فالشهود بالخيار ان شاؤا امتنعوا عن الشهادة وان شاؤا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء فان كان المخبرون عدولا لا يقضى القاضى بالمال هذا قول الفقيه أبى جعفر وأبى نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم أن يدعوا الشهادة وكذا اذا حضروا بيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا أداء الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثا أو قيل عاينا امرأة أرضعتهما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولى ان كان واحدا شهدوا أو اثنين لا يسعهم أن يشهدوا وكذا لو رأى عينا فى يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك فأراد أن يشهد بالملك له فاخبره عدلان ان الملك للثانى لا يسعه أن يشهد بالملك للاول ولو أخبراه أنه باعه من ذى اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت الى قولهما هذا وانما نص على مسئلة الجامع بعد مسئلة القدورى لانه قد يتوهم أن تفريعها عليها على رواية أبى يوسف التى نقلها يقتضى أنه لو شهد أحدهما بالف فقال أحدهما قضاه اياها أن لا يقضى بشئ على رواية أبى يوسف فذكرها للاعلام بالفرق وقيل لانه قد كان لقائل أن يقول فى مسئلة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متقدما لان فى المسئلة الاولى للشاهد أن يقول انا تحملت الشهادة واحتاج الى الخروج

(قوله مكان الدين الذى هو غيره) أقول الضمير المرفوع للدين والمجرور للعين ويجوز العكس (قوله وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف) أقول ان أريد أنهما اتفقا على وجوب الالف الآن فسلم وان أريد على وجوبه سابقا فالاستصحاب لا يكون حجة للاستحقاق قلنا الظاهر الاول فان قضاء الدين اذا كان بطريق المقاصة يثبت الوجوب الآن كما لا يخفى والمراد من كون القضاء تلو الوجوب ترتبه عليه ترتبا ذاتيا لا زمانيا فليتأمل

(وفى الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قدقضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء) والفرق بين مسئلة الجامع الصغير وبين ماذكرت قبلها أن فى مسئلة الجامع شهد أحد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه (وذكر الطحاوى عن

أصحابنا أنه لايقبل وهو قول زفر لان المدعى أكذب شاهد القضاء) وهو تفسيق له (قلنا هذا اكذاب فى غير المشهود به الاول وهو القرض) لانه أكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لامحالة ومثله ليس بمانع كالو شهدا عليه لشخص آخر قبل أن يشهدا له فاكذبهم وحاصله أن اكذاب المدعى لشهوده تفسيق له لكونه اختياريا وأما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة الخ) قدذكرنا أن اختلاف الشاهدين فى المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل أن يقضى القاضى بالاولى لم يقبلهما لان احداهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد أعنى القتل لايمكن أن يكون فى مكانين وليست احداهما باولى من الاخرى (فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بما ليست مثلها)

(وفى الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قدقضاها فالشهادة جائزة على القرض) لاتفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لاتقبل وهو قول زفر رحمه الله لأن المدعى أكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب فى غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لايمنع القبول قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما باولى من الاخرى (فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل) لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية

منها وقد قضاه خمسمائة ولكنى أشهد كما أشهدت عليه وهو ألف فاذا ظهرت شهادته مع الآخر بها قضى له بالالف أما فى مسئلة الجامع فالشاهد يذكر أن الشهادة سقطت عنه وليس على أدائها فشهادتى باطلة فلا يقضى بالالف فرواية الجامع الصغير أزالت هذه الشبهة وأثبتت جواز الشهادة واستروح فى النهاية فقال التفاوت بين مسئلة الجامع والمسئلة التى قبلها أن فى مسئلة الجامع أحد الشاهدين شهد بقضاء المديون كل الدين وفى التى قبلها شهد بقضاء بعض الدين (قوله واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقض) بواحدة منهما فلو لم يجتمعوا بل شهدا أنه قتله بمكة فقضى بها ثم شهد آخران أنه بالكوفة فانه يقتل المشهود عليه أما الاول فلكذب احداهما بيقين ولا أولوية فلا قبول وأما الثانى فللاولوية باتصال القضاء الصحيح بها فانه حين قضى بالاولى لامعارض لها اذ ذاك فنفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعى الذى ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان فى أحدهما نجاسة شك فى تعيينه فتحرى وصلى فى أحدهما ثم وقع ظنه على طهارة الآخر لا يصلى فيه ولا تبطل صلاته فى الاول لانه ثبت بتحريه الاول حكم شرعى هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحرى الثانى فى رفعه وكذا الاختلاف فى الآلة قال أحدهما قتله بسيف وقال الآخر بيده لاتقبل وكذا ان شهد بالقتل والآخر بالاقرار به لاتقبل لاختلاف المشهود به لان القول غير الفعل الذى هو نفس القتل ولم يتم على أحدهما نصاب وكذا الضرب الواقع أمس وبتلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالاخرى حقيقة ولا حكما لانه لايمكن جعل الفعل الثانى اخبارا عن الاول ليتحد الفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشج والجناية مطلقا والغصب أو من باب القول المشروط فى صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه احضار الشهود فاختلافهما فى الزمان أو المكان أو الانشاء أو الاقرار يمنع القبول لماذكرنا اذ المراد بالانشاء والاقرار ذكران انشاء الفعل والاقرار به مثاله مالو ادعى الغصب فشهد أحدهما به والآخر بالاقرار به لاتقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت بخلاف اختلافهما فى الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والاقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لايمنع القبول فان القول مما يتكرر بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو فى القرض بحمله على قول المقرض أقرضتك وكذا يقبل فى الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان

(قال المصنف وذكر الطحاوى عن أصحابنا انه الخ) أقول والاشهر أن يكون هذا قول أبى يوسف (قال المصنف ومثله لايمنع القبول) أقول والمفهوم من كلام قاضيخان انه انما يمنع اذا لم يقل الطالب شهد بالقضاء بباطل أو زور (قوله وحاصله الى قوله تفسيق له) أقول الظاهر أن يقال تفسيق لهم (قوله فليس بتفسيق) أقول أى حكما (قوله قدذكرنا ان اختلاف الخ) أقول أى علم مماذكرنا التزاما

قال (واذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة) وقد ذكرنا ان اختلافهما فى الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة بقرة (واختلفا فى لونها قطع) سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد أولا كالسواد والبياض عند أبى حنيفة رحمه الله وهو الاصح وقيل ان كانا يتشابهان فبالاتفاق والا فلا وان اختلفا فى الذكورة والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع فى الوجهين جميعا لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كالو شهدا بالغصب والمسئلة بحالها فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا أولى لان أمر الحد أهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اتلاف

نصف الآدمى فصار كالذكورة والانوثة فى المغايرة (ولابى حنيفة رحمه الله أن التوفيق ممكن لان التحمل فى الليالى من بعيد) لكون السرقة فيها غالبا (واللونان يتشابهان) كالحمرة والصفرة (أو يجتمعان) بان تكون بلقاء أحد جانبيها أسود يبصره أحدهما والآخر أبيض يشاهده الآخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلف شهود الزنا فى بيت واحد وفيه بحث من وجهين أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لاثباته

(واذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا فى لونها قطع وان قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا لا يقطع فى الوجهين) جميعا وقيل الاختلاف فى لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا فى السواد والبياض وقيل هو فى جميع الالوان لهما أن السرقة فى السوداء غيرها فى البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لان أمر الحد أهم وصار كالذكورة والانوثة وله أن التوفيق ممكن لان التحمل فى الليالى من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان فى واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده

القبض يكون غير مرة وفى المحيط ادعى عينا فى يد رجل أنها ملكه وأن صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل لان شهادتهم على القبض بلا تاريخ محمول على الحال والمدعى يدعى الفعل فى الماضى والفعل فى الماضى غيره فى الحال كما لو ادعى القتل من شهر فشهدوا به فى الحال وكذا لو ادعى القتل مطلقا وشهدوا به من شهر لانه ادعى الفعل فى الحال وهم شهدوا به فى الماضى فلا تقبل الا اذا وفق وقال أردت من المطلق الفعل من ذلك الوقت وقيل تقبل فى هذا من غير توفيق لان المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ فقد شهدوا بأقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر أن من الفعل القبض * ومن الفروع على الاصل المذكور ادعى الشراء أول من أمس فشهدوا به امس تقبل لانه قول ولو ادعى النكاح أول من امس فشهدوا به امس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كله مذهبنا وقال الشافعى وأحمد فى ظاهر روايته اختلافهما فى الزمان والمكان يمنع فى الكل الا اذا شهدا انه طلقها يوم الخميس وقال الآخر أقر بطلاقها يوم الجمعة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البائع به واختلفا فى الزمان أو المكان قبلت وكذا لو شهد أحدهما بالبيع والشراء والآخر على الاقرار به تقبل لان لفظهما سواء فى الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره فى الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت فسألهما القاضى فقالا لا نعلم ذلك تقبل لانهما لم يكلفا حفظ ذلك (قوله واذا شهدا الخ) صورتها ادعى على رجل أنه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا وأقام بينة فشهد أحدهما بسرقتها حمراء والآخر سوداء قال أبو حنيفة رحمه الله تقبل ويقطع وقالا هما والائمة الثلاثة لا يقطع ولو أن المسروق منه عين لونا كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع اجماعا لانه كذب أحد شاهديه ولا فرق فيما اذا لم يعين المدعى لونا بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة أو متباعدين كالبياض والسواد فى ثبوت الخلاف وقيل فى المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والاصح الاول ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره فى المبسوط والظهيرية وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما هروى والآخر مروى ولو اختلفا فى الزمان والمكان لم تقبل اجماعا

(قوله فاذا شهدا على رجل الخ) أقول هذا لا يتفرع على ما فرع عليه فانه اذا امتنع القبول يجب أن لا يقطع الا أن يقال ضمير اختلافهما راجع الى الشاهد والمدعى لا الى الشاهدين لكن لا يخفى عليك بعده (قوله فلم يتم على كل واحد) أقول الاولى حذف كلمة كل (قال المصنف لان أمر الحد أهم) أقول لعله من الهمة أو من الهم بمعنى الحزن (قوله أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال الخ) أقول فى الكافى الاشتغال بالتوفيق بين كلامى الشاهدين احتيال لايجاب الحد والحد يحتال لدرئه قلنا الشهادة من حجج الشرع والاصل فى حجج الشرع قبولها لا ردها فيشتغل بالتوفيق صيانة للحجة عن التعطيل لا لايجاب الحد ثم اذا وفقنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصدا انتهى ولعل هذا الجواب وجه القياس الذى ذكره الشارح فى جواب البحث الثانى ثم ان الشارح قد أجاب عن السؤال بجواب الكافى أيضا فى باب الشهادة على الزنا من كتاب الحدود فراجعه

بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد

لما ذكرنا من الفرق بين السرقة والغصب بقليل تامل لهما أنهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما انصاب شهادة فكان كما لو اختلفا في ذكورتها او أنوثتها أو في قيمتها لا تقبل كذا هذا وأيضا بطريق الدلالة في الغصب فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء أو حمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها اثبات حد فلأن لا تقبل فيما يوجب حدا أولى لان الحد أعسر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء وأما ما زيد من انه لا يثبت باقل من أربعة فليس مما فيه الكلام أعني السرقة بل يخص الزنا ولابي حنيفة أن بمجرد شهادتهما بسرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعى لونا خاصا يثبت الحد ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به وهذا لأنهما لم يكلفا علم لونها فانهما لو قالا لا نعلم لونها لا تسقط شهادتهما ويجب الحد واختلافهما في امر زائد لا يلزمهما مما ليس مدعى به لا يبطل الحد كما لو اختلفا في ثياب السارق فقال أحدهما سرقها وعليه ثوب أحمر وقال الآخر أبيض فانه يقطع وكما لو اختلفا في مكان الزنا من البيت فقال أحدهما في هذه الزاوية وقال الآخر في تلك فانه يحد وعلى هذا فلا حاجة في قبولها الى التوفيق كما فهمه العلامة السرخسي غير أنا تبرعنا بالتوفيق بما ذكر من أن السرقة تكون غالبا ليلا ونظر الشاهد اليه من بعيد وذلك سبب اشتباه اللون اذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وان كانا متباعدين في البلقاء فيرى كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على أحد الامرين فعلى الاول أو الثاني اذا اختلفا في المتقاربين وعلى الثاني فقط في المتباعدين بخلاف الغصب فانه يقع نهارا فلا اشتباه فيه وبخلاف الذكورة والانوثة لانهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيعلم أن المسروق بلغ نصابا أولا ولان ذكر الذكورة دليل على أنه رآه من قرب وتحقق بحيث لا يشتبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق فالاختلاف وان كان في زيادة فقد شغب بها على نفسه فظهر أن هذا التوفيق ليس احتياطا لاثبات الحد كما لم يكن التوفيق في اختلافهما في مكان الزنا من البيت بانهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان الى مكان احتياطا لاثباته ولأن وجه قولهما أدق وأحق من قوله كما ظنه صاحب الاسرار وما قيل ان التوفيق لاثبات الحقوق واجب فيفعل ثم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة حينئذ ان لم يصح منع وجوبه مطلقا بل اذا لم يستلزم وجوب حد (قوله ومن شهد لرجل الخ) صورتها على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل أنه باعه هذا العبد بالف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بألف وشاهدا بالف وخمسمائة قال يعني أبا حنيفة رحمه الله هذا باطل الى آخر ما هنالك فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين اذا اختلفا فشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قضي بالف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا تقبل في شيء ولو كان المدعي يدعي ألفا وخمسمائة فلا بد من بيانه وهو أن ذلك فيما اذا ادعى دينا فقط

والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا ليس يعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يدرأ بها والجواب عن الاول أن ذلك انما كان احتيالا لاثباته أن لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به أولا وأما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس لان القياس اعتبار امكان التوفيق أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه هذا والله أعلم بالصواب (قوله بخلاف الغصب) جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله (والذكورة والانوثة) جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فانهما لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج الى التوفيق قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف الخ) رجل ادعى على آخر انه باعه هذا العبد بألف أو بألف وخمسمائة وأنكر البائع ذلك فشهد شاهد بألف وآخر بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى والمقصود

(قوله والثاني أن التوفيق وان كان الخ) أقول كما سلف في الدرس السابق (قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه) أقول اذا كانت الشهادة بالذكورة والانوثة واجبة والوقوف على ذلك بالقرب منه كيف يستقيم قوله فيما سبق لان التحمل في الليالي من بعيد (قال المصنف على كل واحد منهما) أقول لفظة كل مما لا حاجة اليه

البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة
فان قيل لا نسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه أجيب بأن دعوى السبب المعين دليل
على ان ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة
على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب فان قيل التوفيق ممكن لجواز أن يكون الثمن أولا ألفا فزاد في الثمن وعرف به أحدهما
دون الآخر أجيب بأن السيد الشهيد أبا القاسم السمرقندي ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهدا بجنسين كألف
درهم ومائة دينار ووجه ما في الكتاب ان الشراء بألف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف والخمسمائة ملصقين بالشراء وأما اذا
اشترى بألف درهم ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن (قوله ولان المدعى يكذب أحد
شاهديه) دليل آخر على ذلك (وكذا اذا كان المدعى هو البائع) سواء ادعى البيع بألف أو بألف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا أن
المقصود هو السبب وكذا اذا كانت الدعوى في الكتابة أما اذا كان يدعيها (٦٣) العبد فلا خفاء في كون العقد مقصودا
وأما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات العقد

ولان المدعى يكذب أحد شاهديه وكذلك اذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين أن يدعى المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا (وكذلك الكتابة) لان المقصود هو العقد ان كان المدعى هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب

والمقصود هنا دعوى العقد ألا ترى الى قوله في الجامع فينكر البائع البيع ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج الى ذكر السبب واذا كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن من أركانه والمركب الذي بعض اجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلا (ولان المدعى يكذب أحد شاهديه) وهو الشاهد بالألف (وكذا اذا كان المدعى هو البائع) بان ادعى أنه باعه بالف وخمسمائة فانكر المشترى الشراء فأقام الشاهدين كذلك (ولا فرق بين أن يدعى المدعى منهما أكثر المالين أو أقلهما لما بينا) من اختلاف ما في المشهود به والتكذيب من المدعى وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندي تقبل لان الشراء الواحد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان زاد في الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد بخلاف ما لو قال أحدهما اشترى بألف والآخر بمائة دينار لان الشراء لا يكون بالف ثم يكون بمائة دينار وقال بعض المحققين من الشارحين فيه نوع تأمل كأنه والله تعالى أعلم لو جاز لزم القضاء ببيع بلا ثمن اذ لم يثبت أحد الثمنين بشهادتهما ثم لا يفيد لانه تعود الخصومة كما كانت في الالف والخمسمائة المدعى بها وانما كان السبب وسيلة الى اثباتها * ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها المصنف احداها هذه والثانية الكتابة ذكرها في الجامع قال وكذلك الكتابة اذا ادعاها العبد وأنكر المولى يعني الكتابة على وزان ما ذكر في البيع زاد المصنف فقال وكذا اذا كان المدعى هو المولى لان دعوى السيد المال على عبده لا تصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد اليه للعلم بانه لا يتصور له عليه دين الا به فالشهادة ليست الا لاثباتها الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعى هو المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد

(قوله أجيب بان دعوى السبب المعين الخ) أقول وفيه بحث فان دعوى السبب المعين لا نسلم انها تدل على ما ذكره بل ذلك لضرورة انحصار الوسيلة الى المقصود فيها لانه لو ادعى الملك المطلق فيما ملكه بسبب البيع لم يشهد شاهداه به تحرزا عن الكذب اذ المطلق غير الملك بسبب فانهما مختلفان حيث ثبت الملك من الاصل حتى يستحق المدعى بزوائده ولا كذلك مطلق الملك الحادث وتفصيله في
الكنز وشرحه للزيلعي في أول باب الاختلاف في الشهادة ثم أقول اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدوا بالملك بسبب قبلت لان الملك بسبب
أقل من المطلق ولو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل وبه يظهر جواب البحث (قوله فان قيل التوفيق ممكن الخ) أقول امكان
التوفيق لا يفيد كما سبق عن قريب (قوله وأما اذا اشترى بألف الى قوله بأصل الثمن) أقول فيه أن ما ذكره لا يتمشى في احتمال
أن يكون الثمن أولا ألفا وخمسمائة ثم حط خمسمائة حيث لا يأخذ الشفيع بأصل الثمن وأيضا اذا كان الثمن أولا ألفا ثم زاد تكون
المرابحة والتولية بالزيادة مع أن المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول بزيادة ربح والتولية كذلك من غير زيادة ربح وانما
يأخذ الشفيع بأصل الثمن في الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه وجوابه أن قوله ولهذا الخ تنوير لا يجب اطراده
(قوله قوله ولان المدعى الخ) أقول ان لم يلاحظ مقصودية السبب والمدعى يدعى الاكثر فلا نسلم الاكذاب والسند ظاهر وان لوحظت
يؤول الى الدليل الاول وجوابه اختيار الشق الثاني والاكذاب أمر مغاير لما ذكر في الدليل الاول (قوله ان المقصود هو السبب) أقول
وان المدعى يكذب أحد شاهديه

وفيه نظر لفظا ومعنى أما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة وأما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول ان تقريره بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة أو يقال معناه أن مقصود المولى هو العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكانت هي المقصودة وعن الثاني بأن قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ ويخاصم لأدنى البدلين (وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد) أما أن المدعى اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا والحاجة ماسة الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كانت الدعوى من جانب الزوج بأن قال خالعتك على ألف وخمسمائة والمرأة تدعى الالف أو قال مولى العبد أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعى الالف أو قال ولي القصاص صالحتك بألف

وخمسمائة والقاتل يدعى الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من انه تقبل على الالف اذا ادعى ألفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى ألفين لا تقبل عنده خلافا لهما وان ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما (لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فتبقى الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل) لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة وكانت كأن لم تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين

(وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعى هو المرأة أو العبد أو القاتل) لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين

لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يفيدهم الخلاص وهو مقصودهم (وان كان الدعوى من الجانب الآخر) وهو الزوج والمولى وولي القتيل (فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه) وهو أنه اذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالاقل فان كان الاكثر بعطف مثل الف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كألف وألفين فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة لا يقضى بشيء وهذا (لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى الا في الدين) والسادسة الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل الشهادة بشيء أصلا لأن قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح (لانه) أي الراهن (لا حظ له في الرهن) أي لا يقدر على استرداده ما دام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح (وان كان) المدعى هو (المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) وعلمت حكمه فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء اجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له أن يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته في ثبوت الدين ويثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان مثلا هكذا اطالبه بالف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع وان كان هكذا أطالبه باعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلا فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في انه رهنه بألف أو ألف وخمسمائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشيء لان عقد الرهن يختلف به والسابعة الاجارة ان كان في أول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستأجر أو الآجر انه أجره هذه الدار سنة

(قوله وفيه نظر لفظا ومعنى) أقول في كونه فيه نظر لفظا نظر اذ لا خلل في نفس اللفظ (قوله العتق لا يثبت قبل الاداء) أقول فيه بحث فان معنى كلامه ان العتق لا يثبت قبل بألف أداء كل البدل بمجرد عقد الكتابة أو باداء بعض البدل حتى يؤل دعوى المولى الى دعوى الدين ويكون مقصوده الدين لا السبب كما في دعوى الاعتاق على مال فلا اشعار لما ذكره ولا حاجة الى تقدير شيء (قوله بدل العتق لا يثبت الخ) أقول أي لا يحصل في يد المولى (قوله ان مقصود المولى العتق) أقول أي العتق بعد أخذ المال (قوله لجواز أن لا يختار الخ) أقول لا يقال فيكون العبد مدعيا أيضا لانه لا يقع الا انه لم يكن بد من التفصيل وقد ذكرت المسئلة مطلقة (قوله بادنى البدلين) أقول وأنت خبير بانه لا يخلو اما أن يقيم بينة على أدنى البدلين أولا فان كان الاول فلا يفيد شاهدى المولى كما لا يخفى أو يوفق بينهما بانه أسقط بعض البدل بعد العقد الاول بل نقول نقبل شاهدى المولى وتفصيله في التخالف في الشروح وان كان الثاني فلا يفيد أيضا القدرته على الاستخدام بدونه اذ لا سبب يخرجه عن يده وأيضا هذه المخاصمة تنزل بمنزلة العدم لما أن عقد الكتابة ليس بلازم في حقه لتمكنه من الفسخ متى شاء كما سيجيء آنفا في مسئلة الرهن وجوابه غير خفي على المتأمل

يقضي بأقل المالين اجماعا قيل عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة فيجب أن لا تقبل البينة وان كان المدعى هو المرتهن لانه كذب أحد شاهديه وأجيب بأن الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخلو اما أن تكون الدعوى في أول المدة أو بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان الثاني فاما أن يكون المدعى هو الآجر أو المستأجر فان كان الآجر فهو دعوى الدين يقضي بأقل المالين اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر وصار كمن ادعى على آخر ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة جازت على الألف وان شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل

عند أبي حنيفة كما تقدم خلافا لهما وان كان المستأجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان أقر بالاكثر لم يبق نزاع وان أقر بالاقل فالآجر لا يأخذ منه بينة سوى ذلك وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه قال (فأما النكاح فانه يجوز بألف استحسانا) اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت بألف عند أبي حنيفة وهو استحسان وقال أبو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح أيضا وذكر في الامالي

قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا

وفي الاجارة ان كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعى هو الآجر فهو دعوى الدين قال (فأما النكاح فانه يجوز بألف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح أيضا) وذكر في الامالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله لهما أن هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع ولابي حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع

بألف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بألف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق البدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الاجارة (وان كان بعد مضيها) استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم فان كان المدعى هو المؤجر فهو دعوى الاجرة فان شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة وهو يدعي الاكثر يقضى بألف اذ ليس المقصود بعد مضي المدة الا الاجرة وان شهد الآخر بألفين والمدعى يدعيهما لا يقضى بشئ عنده وعندهما بألف وان كان المدعى هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف والثامنة النكاح وقد علمت أن النكاح أجرى مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد أحدهما أنها زوجت نفسها منه وشهد الآخر أن وليها زوجها منه لا تقبل ولو ادعى هو عليها ثانيا أنها زوجت نفسها منه فشهد هذا بأنها زوجت نفسها منه تقبل وانما تقبل اذا ادعى أنها زوجت نفسها منه فشهدا أن وكيلها فلان بن فلان زوجها الان لفظ زوجت نفسها يصدق به في العرف وقد أطلق محمد في الجامع عن أبي حنيفة رحمهما الله فقال فاما النكاح فان أبا حنيفة كان يقول اذا جاءت بشاهد يشهد على ألف وخمسمائة وشاهد يشهد على ألف جازت الشهادة بالالف وهي تدعي ألفا وخمسمائة فاما يعقوب ومحمد فقالا النكاح باطل أيضا فمشى المصنف رحمه الله على اطلاقه فلم يفصل بين كون المدعى فيه الزوج أو الزوجة وجعله الاصح نفيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعى الزوج فلا يصح باتفاقهم لانه دعوى العقد اذ الزوج لا يدعي عليها مالا أو كونه الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجه الاصح ماذكرنا يعني ماذكره من التعليل لابي حنيفة من أن المال تابع في النكاح وانما المقصود منه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في هذا بل في التبع واذا وقع في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بألف فان هذا الوجه يقتضي الصحة بالاقل بلا تفصيل وأيضا أجرى اطلاقه في دعوى الاقل والاكثر فصحح الصحة سواء ادعى المدعى

(قوله لان الرهن لا يكون الا بدين الخ) أقول مخالف لما أسلفه في جواب النظر الثاني آنفا فتأمل في جوابه (قال المصنف وان كان بعد مضي المدة والمدعى هو الآجر الخ) أقول في شرح الوقاية لصدر الشريعة في أول الاجارة ان الاجير هو معطى الاجرة فيكون استعماله بمعنى المؤجر غير صحيح الا أن يكون كلابن وتامر ويؤيده أنه استعمل الاجير بمعنى المؤجر في هذا المقام (قوله ان المال في النكاح تابع) أقول أي غير داخل في صلب العقد بخلاف البيع فان المال فيه داخل في صلب العقد

والاصل فيه الحل والازدواج والملك

الاقل أو الاكثر وهذا مخالف للرواية فان محمدا رحمه الله في الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بألف وهي تدعي ألفا وخمسمائة والمفهوم يعتبر رواية وبقوله ذلك أيضا يفهم لزوم التفصيل في المدعى به بين كونه الاكثر فيصح عنده أو الاقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهد الاكثر كما عول عليه محققو المشايخ فان قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد قول أبي حنيفة رحمه الله بالجواز بما اذا كانت هي المدعية للاكثر دونه فان الواو فيه للحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين ألف * (فروع) شهد أنه أقر أنه غصب من فلان هذا العبد والآخر انه أقر انه أخذه منه يقضى به للمدعي ولو شهد أحدهما انه أقر انه أخذه منه والآخر انه أقر بانه له لم يقض للمشهود له بشيء ولو شهد أنه أقر أنه غصبه منه والآخر انه أقر بان المدعي أودعه اياه تقبل وزاد في المنتقى حين وضعها ثانية في الثوب لو قال المدعي أقر بما قالا لكنه غصبه مني تقبل ويجعل ذو اليد مقرا بملكية الثوب للمدعي فلا تقبل بينة المدعى عليه على الثوب بعده ثم قال فيما لو شهد أحدهما على اقراره بأخذه والآخر على اقراره بالايداع منه وقال المدعي انما أودعته منه لا تقبل لعدم اجتماعهما على الاقرار بملك ولا بأخذ لان شاهد الوديعة لم يشهد بالاخذ فلزم المناقضة في الحكم والدليل واعلم انه ذكر فيما اذا شهد على اقراره بغصبه والآخر على اقراره بأخذه منه يقضى به للمدعي ويجعل المدعى عليه على حجته لان اقراره بالاخذ ليس اقرارا بالملك فظهر الفرق فلا مناقضة اذ كان الاخذ لا يدل على الملك شهد أنه أقر بانه اشترى هذا العين من المدعي والآخر على اقراره بايداعه المدعي اياه منه قضى للمدعي ولو كان الشاهد الثاني شهد بانه أقر بان المدعي دفع اليه هذا العين قضى به للمدعي أيضا لكن لو برهن ذو اليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل ألا ترى ان رجلا لو قال دفع الي فلان هذا العين ثم برهن على انه اشتراه منه تقبل وفي الزيادات قال أحدهما أعتق كله وقال الآخر نصفه لا تقبل ولو ادعى ألفين فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين تقبل على الالف اجماعا ادعى الشراء فشهدا بالهبة والقبض لا تقبل الا ان وفق فقال جحدني الشراء فاستوهبتها منه وأعاد البينة على الهبة لان الاولى ما قامت على ما ادعى به من الهبة وانما ادعاها الآن فيقيم بينة دعواه ادعى أنه ورثها من أبيه فشهد أحدهما كذلك والآخر من أمه لا تقبل ادعى دارا فشهدا له بدعاه وقضى له ثم أقر المقضي له أن البناء للمقضي عليه لا يبطل الحكم بالارض للمدعي وان شهدا بالبناء والارض والباقي بحاله بطل الحكم لانه أكذبهما فيما قضاه من البناء بخلاف الاول لان دخول البناء محتمل فاقرار المدعي بعدم دخوله بيان لاحد الاحتمالين شهد أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه أو شهد أنها ولدت منه غلاما والآخر جارية تقبل شهد أنه أقر أن المدعي سكن هذه الدار والآخر انها له لا تقبل ولو شهد انه أقر بأن هذه الدار له وشهد الآخر أنه ساكنها قضى بها له شهد أن قيمة الثوب الهالك كذا والآخر على اقراره بها لا تقبل شهد على صريح الاذن والآخر انه رآه يبيع فلم ينهه لا تقبل بخلاف ما لو شهدا على الاذن في الطعام والآخر عليه في الثياب تقبل على الاذن وفي الاقضية ادعى عبدا في يد رجل فشهدا على اقراره انه ملكه تقبل ولو على اقراره بالشراء منه وأنكر المدعي البيع يأخذه المدعي لان الاقرار بالشراء والاستيام اقرار بالملك للبائع على رواية الجامع أو بعدم ملك نفسه فيه على رواية الزيادات فقد أقر أنه لا ملك له فيه ولا أحد متعرض للمدعي فيأخذه وكذا لو شهد أحدهما على اقراره بالشراء منه والآخر على اقراره بالهبة منه والمدعي ينكر وكذا لو شهد أحدهما على الشراء منه بالف والآخر بمائة دينار أو قال الآخر استأجره منه وكذا لو شهد أنه باعه المدعي منه والآخر أنه أودعه عنده وكذا لو شهدا على اقراره ان المدعي دفعها اليه شهد على اقراره بانه أخذه منه هذا والآخر

على

(قوله والاصل فيه الحل والازدواج) دليل آخر وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه

(قوله والاصل فيه الحل) أقول أي حل كل من المتعاقدين أو من هو بمنزلتهما للآخر وازدواج أحدهما بالآخر بخلاف البيع (قوله دليل آخر) أقول في صحة كونه دليلا آخر مستقلا بدون ملاحظة الاول تأمل

ولااختلاف فى ماهوالاصل فيثبت ثم اذاوقع الاختلاف فى التبع يقضى بالاقل لاتفاقهماعليه

على اقراره بانه أودعه منه تقبل لاتفاقهماعلى الاقرار بالاخذ لكن بحكم الوديعة أوالاخذ منه منفردا شهدأن له عليه كذاديناراوالآخر انه أقرأنه عليه تقبل شهدأنه طلقهابالعربية والآخر بغيرهافى المنتقى عن أبى يوسف لاتقبل ولوكان هذابالاقرار بالمال تقبل وليس الطلاق كذلك لانى أنوىه فى وجوه كثيرة وفيه لوشهدأنه قال لعبده أنت حر والآخر انه قال له آزاد تقبل وفيه لوقال ان كلمت فلانافانت حرفشهد انه كلمه اليوم والآخر أمس لم تقبل وذكرفيه مسئلة الطلاق قال طلقت ولاشك أنه يجب فى العتق ثبوته اذاوفق العبد بان قال كلمته فى اليومين جميعا وفيه شهدأنه قال ان دخلت هذه الدار فكذاوالآخر ان دخلت هذه وهذه لاتقبل وفيه ان طلقتك فعبده حرفشهدأنه طلقهااليوم والآخر أمس يقع الطلاق والعتق ولوقال ان ذكرت طلاقك ان سميته ان تكلمت به فعبده حرفشهدانه طلقها اليوم والآخرأمس يقع الطلاق لاالعتاق لان شهادتهمااختلفت فى الكلام ولواختلفافى القذف فى الزمان والمكان تقبل عنده خلافالهما وفى انشائه واقراره لاتقبل اجماعا ادعى ألفافشهدأحدهما بانه أقرأن له عليه ألفاقرضاوالآخر انه أقرانه أودعه ألفاتقبل لاتفاقهماانه وصل اليه منه ألف وقد جحدفصارضامناهى قسمان قسم من الاختلاف بين الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الاول ادعى ملكاعلى رجل بالشراء فشهدواله بالملك المطلق فلاتقبل وقيده فى الاقضية بمااذانسبه الى معروف كان قال اشتريته من فلان بن فلان وذكرشرائط التعريف أمالوجهله فقال اشتريت فقط أوقال من رجل أومن زيد وهوغيرمعروف فشهدوابالمطلق قبلت وذكرفى فتاوى رشيدالدين فى القبول خلافا ولوادعى ملكامطلقافشهدوابه بسبب تقبل كذا أطلقه فى الجامع الكبير وزادفى الاجناس فى القبول أن القاضى يسأل المدعى الملك ألك بهذاالسبب الذى شهدوابه ان قال نعم قضى أولالا وفى الدعوى والبينات اذاتحمل الشهادة على ملك له سبب وأراد أن يشهدبالملك المطلق لم يذكرهذافى شئ من الكتب واختلف فيه المشايخ والاصح انه لايسعه ذلك ولوكان ادعى الشراءمن معروف ونسبه الى أبيه وجده مع القبض وقال وقبضته منه فشهدوابالملك المطلق ففى الخلاصة تقبل بلاذكرخلاف وحكى العمادى فيه اختلافاقيل تقبل لان دعوى الشراءمع القبض دعوى مطلق الملك حتى لايشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لاتقبل لان دعوى الشراءمعتبرة فى نفسها الا كالمطلق ألاترى انه لايقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائدشمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وهكذافى شرح الحيل للحلوانى لكن فى المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوابالدين مطلقا كان شمس الائمة محمودالاوزجندى يقول لاتقبل كمافى دعوى العين بسبب وشهدوابالمطلق قال وفى الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وفى فتاوى رشيدالدين لوادعى ملكامطلقافشهدواعليه بسبب ثم شهدواعلى المطلق لاتقبل لانهم اذاشهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلاتقبل شهادتهم على المطلق بعدذلك ولوشهدواعلى المطلق ثم شهدواعلى الملك بسبب تقبل لانهم شهدوابعض ماشهدوابه أولافتقبل أماالنكاح فلو ادعى على امرأة انهاامرأته بسبب انه تزوجها بكذافشهدواأنهامنكوحته بلازيادة تقبل ويقضى بمهرالمثل ان كان قدرالمسمى أوأقل فان زادعلى المسمى لايقضى بالزيادة ولولم يذكرالمال والباقى بحاله قضى بالنكاح فقط ولوادعى المطلق فشهدأحدهمابه والآخرمع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كمالوشهداجميعابالملك الحادث وكل ماكان بسبب عقدشراءأوهبة وغيره فهوملك حادث وان ادعى بسبب فشهدأحدهمابه والآخرمطلقالاتقبل كمااذاشهدواجميعابالمطلق وفيمالوادعى التملك فشهدواعلى المطلق تقبل ولوادعى المطلق فشهدواعلى النتاج لالان دعوى مطلق الملك دعوى

واعترض عليه بان فيه تكذيب أحدالشاهدين وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لايوجب التكذيب فى الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه أن يبطل المال المذكور فى الدعوى ويلزم مهرالمثل والجواب المذكورليس بدافع لذلك كماترى والجواب أن المال اذالم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لايمنع القبول بالاتفاق كماتقدم فالتشكيك فيه غير مسموع

(قوله ولااختلاف للشاهدين فيها) أقول الظاهرتذكيرالضمير وتأنيثه باعتباركون الاصل عبارة عن الامورالمذكورة (قوله وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود) أقول المجيب صاحب النهاية (قوله والجواب ان المال اذالم يكن مقصودا) أقول أى من العقد فان العقد يصح بدونه وتحقيق الجواب وتفصيله ماذكره صاحب النهاية نقلاعن الفوائد الظهيرية وانمالم يذكره ثانياحذراعن التكرار فلاوجه لايرادالنظرعليه بعدذلك فليتأمل (قوله كان كالدين) أقول المرادمن الدين هوالدين المنفرد عن العقد

قال المصنف (ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما) بكلمة أو والصواب كلمة الواو بدلالة يستوى وقوله (فى الصحيح) احترازعما قال بعضهم انه لما كان الدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما فى الدين واليه ذهب شمس الائمة ووجه ما فى الكتاب أن المنظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت فى ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط فى المقصود أعنى الدين وقال (ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية فأما اذا كان المدعى هو الزوج فالاجماع على أنها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال) بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد) فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول (وقيل الخلاف فى الفصلين) يعنى ما اذا كانت المرأة تدعى وما اذا كان الزوج يدعى (وهذا أصح) لان الكلام ليس فى أن الزوج يدعى العقد أو المال أو المرأة تدعى ذلك وانما الكلام فى أن الاختلاف فى الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خللا فى نفس العقد أو لا قال أبو حنيفة لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المصنف دليلهما واليه أشار بقوله (والوجه ماذكرناه) والله أعلم

(قوله ويستوى الى قوله بكلمة أو الخ) أقول وفيه بحث فانه من قبيل سيان كسر رغيفه أو كسر عظم من عظامه وفى الفرائض السراجية وذلك فى مسئلتين زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان أو بمعنى الواو وقال الزيلعى ولا يكون بدعوى الاقل مكذبا للشاهد لجواز أن يكون الاقل هو المسمى ثم صار أكثر للزيادة انتهى وفيه تأمل فانهم لم يجوزوا ذلك فى البيع كما صرح به فى الشروح وجوابه أن النكاح ليس كالبيع فانه يجوز النكاح بدون تسمية المهر بخلاف البيع بلا تسمية البدل فتأمل (قال المصنف وهذا فى أصح والوجه الخ) أقول قال الاتقانى ولنا فى قوله وهذا أصح نظر لما أنهم لم يذكروا الخلاف فى شروح الجامع الصغير وكذلك لم يذكره فى شرح الطحاوى فيما اذا كان المدعى هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لان الاختلاف وقع فى العقد انتهى وفيه نظر فانه قال التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير وان كان المدعى هو الزوج اختلفوا على قول أبى حنيفة والاصح أنها تقبل عنده لان المال تابع

ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما فى الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية وفيما اذا كان المدعى هو الزوج اجماع على أنه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف فى الفصلين وهذا أصح والوجه ماذكرنا والله أعلم

أوليته على سبيل الاحتمال والشهادة على النتاج شهادة على أوليته على اليقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل وهذه المسئلة دليل على انه لو ادعى النتاج أولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل ولو ادعى المطلق أولا ثم النتاج لا تقبل وفى المحيط لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا تقبل بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهدوا عليه بسبب حيث تقبل انتهى ولا يشكل انه لو ادعى النتاج بسبب فشهدا بسبب آخر لا تقبل وفى الفصول القاضى اذا سأل الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لانه سألهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعدوم وقال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا مؤرخا فقال قبضته منى منذ شهر فشهدوا بلا تاريخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق وينبغى أن يستثنى ما اذا أرخ ففى الخلاصة ادعى دارا فى يد رجل انها ملك أبيه مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا أنه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا تقبل الا اذا وفق فقال اشتريتها منه منذ سنتين وبعتها من أبى ثم ورثتها عنه منذ سنة وأقام البينة على هذا التوفيق واذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر لا تقبل فى دعوى الملك المؤرخ وتقبل فى غير المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا ولو كان للشراء شهران وأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو أرخ المطلق بأن قال هذا العين لى منذ سنة فشهدوا انه له منذ سنتين لا تقبل ولو قال منذ سنتين وشهدوا انه له منذ سنة تقبل ولو ادعى أنه قبض منى عشرة دنانير بغير حق فشهدوا على القبض تقبل ويحمل على أنه قبض فى الحال وعليه شهدوا وقدمنا من مسائل القبض شيأ دار فى يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى أو قبلها وغاب أحدهما وادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا وفى يد رجل نصفها مقسومة فشهدوا أن له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لانها أكثر من المدعى به ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال صدقوا لكنى بعت هذا البيت منها تقبل وفى المحيط من الاقضية وأدب القاضى للخصاف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها تثبت الملك فى الماضى فيحكم به فى الحال ما لم يعلم المزيل وقال العمادى وعلى هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا أو قالا بالفارسية اين مقدار زر در ذمه اين مدعى عليه بود مر اين مدعى را ينبغى أن تقبل كما فى دعوى العين انتهى ونظيره فى دعوى العين ماذكر رشيد الدين اذا قالوا نشهد أن هذا كان ملكه تقبل ويصير كما لو قالوا نشهد أن هذا ملكه

في الحال ولا يجوز للقاضي أن يقول امروز ملك وي مى دانيت انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط ذكره في المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا في عين فشهدوا انه ورثه من أبيه ولم يتعرضوا الملكه في الحال أو شهدوا أنه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا للملك في الحال تقبل ويقضى بالعين للمدعى لكن ينبغي أن يسألهم القاضي الى آخر ماذكرنا وكذا اذا ادعى أن هذه زوجته فشهدوا أنه تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي أما لو شهدوا باليد له في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضى للمدعى به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما أسلفناه وعن أبي يوسف يقضى بها وخرج العمادي على هذا مانقل عن الواقعات لو أقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدي الاقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على أنه اذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل وهذا غلط فان مقتضاه أنه لا فرق بين الشهادة بانه كان له عليه أوله عليه والحال أن صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان أنه كان له عليه ولا يشهدان أن له عليه فلولم يكن بينهما فرق لم يكن لمنعه من أحدهما دون الآخر معنى والذي يقتضيه الفقه أنهما اذا ثبت عندهما بشهادة العدلين أنه قضاه ذلك الذي أقر به عندهما أو ثبت بطريق أفادهما ذلك أن لا يشهدا كما عرف فيما اذا علم شاهد الالف أنه قضاه منها خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقبضها والله أعلم وعكس مانحن فيه لوادعى في الماضي بأن قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا أنها له اختلف في قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بان شهدوا أنها كانت له لا تقبل لان اسناد المدعى دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على أن ملكه كان في الماضي الا ذلك بخلاف الشاهدين اذا أسندا ذلك لا يدل على نفيهما اياه في الحال لجواز قصدهما الى الاحتراس عن الاخبار بما لا علم لهما به لانهما لم يعلما سوى ثبوته في الماضي ولم يعلما بانتقاله فقد يكون انتقل في نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان يثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة ولا رديئة ولا وسطا تقبل ويقضى بالرديء بخلاف مالو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه أشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على أنهم شهدوا على اقراره بذلك أي اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان مثله في الاقرار يقبل لما ذكروا في المسئلة المذكورة قبلها وفي الكفالة اذا شهدوا أنه كفل بالف على فلان فقال الطالب هو أقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى أنه أجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعدة وقال قاضيخان تقبل عند أبي يوسف ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا قبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد أنه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر باقراره أنه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا أنه اشتراها

﴿فصل في الشهادة على الارث﴾ ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم أن العلماء اختلفوا في الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجر والنقل وهو أن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثاً له أولا قال أبو حنيفة ومحمد لابد منه خلافاً لابي يوسف هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به وان كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث متجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد محتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتاً الا أنه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يده لان الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت أن يسوي أسبابه ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله أن (٧٠) ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد تكون اليد يد أمانة

﴿فصل في الشهادة على الارث﴾ (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لابيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثاً له) وأصله أنه متى ثبت ملك المورث

من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا أن فلاناً باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى عليه أنك قبضت من مالي جملا بغير حق مثلا وبين سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدوا به مناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى * القسم الثاني اختلاف الشاهدين ادعى بالمبيع عيباً فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عيناً أنه له فشهد أحدهما على أنه ملكه والآخر على اقرار ذي اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى أنه باع بشرط الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشتري أقر بذلك تقبل لان لفظ البيع في الاخبار والانشاء واحد ومثله لو ادعت صداقها فقال وهبتني اياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول أوجه لانه وان كان اسقاطاً يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه أن المدعى به في يده والآخر أنه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى داراً فشهد أنها داره والآخر على اقرار ذي اليد أنها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على اقراره بها لا تقبل وبخلاف ما اذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل بخلاف ما اذا شهد الآخر أنها كانت في يده واذا راجعت القاعدة التي أسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثيراً من الفروع والله سبحانه أعلم

﴿فصل في الشهادة على الارث﴾ وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد لحي عن ميت على الشهادة بملك يتجدد لحي عن حي ظاهر (قوله ومن أقام بينة الخ) اختلف علماؤنا في أنه هل يتوقف

ولا ضمان فيها لتنقلب بواسطته يد ملك لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان يموت ولم يبين أنها وديعة فلان لانه حينئذ ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان واذا ثبت هذا فمن أقام بينة على دار أنها له كانت لابيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثاً له بالاتفاق

﴿فصل في الشهادة على الارث﴾ (قال المصنف ومن أقام بينة على دار الخ) أقول وأصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وترك ميراثاً لان الملك للمورث قبل موته بزمان فبقاؤه الى زمان الموت بطريق الاستصحاب والثابت بطريق الاستصحاب لا يبتنى عليه غيره ألا يرى أنه لو ادعى ألفاً فقال ان كان له علي ألف درهم فامرأته طالق فشهد شاهدان بألف عليه عام أول يحكم بالمال دون الطلاق القضاء ولو شهدوا بالالف الآن يحكم بالطلاق ويعين حق الوارث بخلاف ما لو شهدوا أنه كان في يد مودعه أو مستعيره عند الموت لان يدهما يده كما لو شهد أنه كان له عام أول لان الثابت يبقى ما لم يوجد الدليل المزيل ولم يوجد ولم ينف شيء بخلاف المسألة الاولى لانه في الارث في الثابت بالاستصحاب والمعنى هذا لا ما ذكره الشراح أن ملك الوارث يتجدد استدلالاً بوجوب الاستبراء في الجارية الموروثة وحل أكل ما كان صدقة على المورث لان الاستبراء يتعلق باستحداث ملك اليد ألا يرى أن من اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت عند البائع مراراً فانه يستبرئها وان لم يكن غير مستحدث وحل التناول لا يتوقف على تجدد الملك ألا يرى أن المورث الذي اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالارث أو غيره يحل ما عنده من الصدقات ولا تجدد (قوله بحسب مقتضى الواقع) أقول فان الواقع يقدم أحكام الحياة على أحكام الموت (قال المصنف مات وتركها ميراثاً له) أقول وهو المراد بالجر والنقل قال الكاكي ولهذا لو ادعى ديناً على المورث وشهد أنه كان له على الميت

لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثا له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية المورونة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل (وان شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة) لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت

القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجر والنقل وهو أن يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعى فعند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد نعم وجه قول أبي يوسف ما ذكره المصنف بقوله (هو يقول ملك المورث ملك الوارث) لانه يصير ملكه خلافة ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا اذا كان المورث مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة الى أمر زائد يشترط القضاء به له وقد ظهر بهذا محل الخلاف وهو شهادتهم أنه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدا أنه لابيه لا تقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند أبي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق (وهما يقولان ملك الوارث ملك متجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية المورونة ويحل للوارث الغني ما كان تصدق به على المورث الفقير) ولو زكاة أو كفارة فلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير أنه لا يشترط ذكر ذلك نصا بل اما نصا كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له أو شهدا بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت وتجدد ملك الوارث غير لازم شرعي لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت اذا عرف هذا فالمسئلة التي ذكرها المصنف اتفاقية وهي قوله (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لابيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له) أما على قول أبي يوسف فظاهر وأما على قولهما فلان الشهادة على الملك وقت الموت أو اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك وقد وجد الثاني في مسئلة الكتاب لانه أثبت اليد عند الموت حيث شهد أنها معارة منه أو مودعة عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير وأخويه وقد طولبنا بالفرق بين هذا وما اذا شهدا لمدعى ملك عين في يد رجل بأنها كانت ملك المدعى أو أنه كان ملكها حيث يقضى بها وان لم يشهدا أنها ملكه الى الآن وكذا لو شهدا لمدعى عين في يد انسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه فاذا شهدا على ملكه قضى للمشترى به وان لم ينصا على أنها ملكه يوم البيع وهذه أشبه بمسئلتنا فان كلا من الشراء والارث يوجب تجدد الملك والجواب أنهما اذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لابقاء الثابت لا لاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه في الوارث بخلاف مدعى العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده وبخلاف مسئلة الشراء فان الملك مضاف اليه لا الى ملك البائع وان كان لا بد لثبوت ملك المشترى من بقائه لان الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا الى الموت لانه ليس سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت ان كان له مال فارغ والله سبحانه أعلم هذا اذا شهدا أنها كانت معارة أو مودعة (فلو شهدا أنها كانت في يد أبيه مات وهي في يده) والاب هو المراد بلفظ فلان في قول المصنف أنها كانت في يد فلان يعني أبا الوارث

فصارت يده ملك أيضا فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت انتهى وفي قوله لانها تصير يده من حال المسلم) أقول في دلالته على المدعى تأمل الا ان يتمم بقولنا فيكون تاركا للحفظ وترك الحفظ تعد فيو

(قوله وان قالوا لرجل حي) مسئلة أتى بها استطرادا اذهي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر أنها له وأقام بينة أنها كانت في يده لم تقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه قبلت فكذا هذا وصار كما لو شهدا بأن المدعى عليه أخذها (٧٣) من المدعي فانها تقبل وترد الدار الى المدعي وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية تزول بأسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله (وهي متنوعة) دليل آخر أي اليد متنوعة الى يد ملك وأمانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس المخبر به لاحتمال زواله بعد ما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله (قوله وان أقر المدعى عليه) يعني اذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار

(قوله لان اليد منقضية تزول بأسباب الزوال الخ) أقول قوله تزول بأسباب الزوال يعني بالبيع والهبة وغيرهما ولكن بقي ههنا بحث لان الملك أيضا يزول بأسباب الزوال فربما زال بعد ما كان والظاهر أن قوله اليد منقضية ليس دليلا مستقلا بل من بعض مقدماته وتقريره أن يد المدعي زائلة للحال ولا يؤمر بالاعادة اليه الا عند التيقن بكون الشيء حقا له ولم يتيقن بذلك لان الايدي مختلفة الخ (قوله ويد المدعي مشهود به) أقول الظاهر أن يقال مشهود بها (قوله وليس المخبر به لاحتمال زواله) أقول بل لاحتمال كذب الخبر في نفسه

(وان قالوا لرجل حي نشهد أنها كانت في يد المدعي منذ أشهر لم تقبل) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الآخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة (وان أقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي) لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار

المدعي جازت الشهادة فيقضى بالدار للوارث لاثباتهما اليد للميت الى حين الموت وبذلك يثبت الملك له لان اليد وان تنوعت الى يد غصب وأمانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع البدلان في ملك مالك الوديعة والمغصوب منه ولا يلزم على هذا ما لو شهدوا أن أباه دخل هذه الدار ومات فيها أو أنه كان فيها حتى مات أو أنه مات فيها أو أنه مات وهو قاعد على هذا البساط أو نائم على هذا الفراش أو أنه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه لا تقبل حتى لا يستحق الوارث شيأ من ذلك مع أنها تفيد أن هذه الأشياء كانت في يد المورث قبل الموت لانها خرجت بقوله بواسطة الضمان وهذه الامور ليست موجبة للضمان قال التمرتاشي لا تثبت اليد على المحل بهذه الاشياء حتى لا يصير غاصبا ولا يصير ذو اليد مقرا بذلك بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس فان اليد تثبت بها ويصير بها غاصبا هذا اذا شهدا كذلك لميت فلو شهدا لحي ادعى عينا في يد رجل كذلك أي شهدا أنها كانت في يد هذا المدعي منذ شهر أو أقل أو أكثر أو لم يذكرا وقتا فعن أبي يوسف هي كالتي للميت فيقضى للمدعي بالعين المذكورة وقالا لا يقضى بها للمدعي بهذه الشهادة لابي يوسف رحمه الله أن اليد مقصودة كالملك ولو شهدا في هذه الصورة أنها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمنا في الشروع استصحابا للملك الى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا لليد الى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول أبي يوسف وهو وجه قولهما أن الشهادة مع كونها بيد منقضية شهادة بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وأمانة وضمان ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بمجهول بخلاف مثلها في الميت لانه لزم أحدها بعينه بالموت وهو يد الملك فأمكن القضاء وبخلاف الاخذ فان له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو أخذ الى أن يقترن به ثبوت أنه أخذ حقه قال عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترده فيقضى به وأيضا اليد معاين للمدعى عليه ويد المدعي مشهود به مخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح قول المدعى عليه فلا يقضى به للمدعي واستشكل ببينة الخارج مع ذي اليد وكذا ببينة مدعي الملك المطلق مع ذي اليد حيث تترجح بينة الخارج ومدعي الملك أجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخارج ومدعي الملك المطلق بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضي وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول ويبطل استقلال الثاني بتأمل يسير (قوله وان أقر الخ) يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي وان كانت اليد متنوعة

(وان شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت في يد المدعى دفعت اليه) لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

لان حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزم بالبيان فانه لو قال لفلان علي شئ صح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بانها كانت في يد المدعى تقبل لان المشهود به الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار المدعى عليه أن له عليه شيأ جازت ويؤمر بالبيان (تتمة) شرط الشهادة بالارث أن يشهدوا أنه كان لمورثه فلو قالوا انه لمورثه تقدم أن محمدا رحمه الله قال لا يصح ولم يحك خلافا لان المورث ان كان حيا فالمدعى ليس خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت حال المحال وتقدم قول بعضهم انها تصح على قول أبي يوسف وهو غير بعيد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولابد أن يدرك الشهود الميت لان الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع ولابد أن يبينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لابيه أو لامه أو لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له ولم يشترطه أبو يوسف على ما عرف في الخلافية غير أنه يسأل البينة عن عدد الورثة للقضاء واذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضي لاحتمال عدم استحقاقه أو يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر أم لا ثم يقضي بكله وان كان نصيبه يختلف في الاحوال يقضي بالاقل فيقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن الا أن يقولوا لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يقضي بالاكثر والظاهر الاول وليس الاصل أن لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلا عندهما لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند أبي حنيفة خلافا لهما * (فروع) اذا شهد اثنان أن هذا وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكرا سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الارث وكذا اذا شهدوا أنه أخوه أو عمه أو ابن عمه أو جده أو جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الاخوة والعمومة أي يبينا الاسباب المورثة للميت أنه لاب أو شقيق وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا الى أب واحد ويذكرا أيضا أنه وارثه وهل يشترط قوله ووارثه في الاب والام والولد قيل يشترط والفتوى على أنه لا يشترط قوله وارثه وكذا كل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه وفي الشهادة بانه ابن ابن الميت أو بنت ابنه لابد من ذلك وفي الشهادة أنه مولاه لابد من بيان أنه أعتقه ولا يشترط ذكر اسم أب الميت حتى لو شهدا أنه جد الميت أبو أبيه ووارثه ولم يسموا أبا الميت قبلت وفي الاقضية شهدا أنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت وبرهن فالثاني أحق بالميراث ولو شهدا أنه أخو الميت ووارثه فقضى به ثم شهد هذان لآخر أنه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل يضمنان للابن ما أخذ الاول من الارث ولو شهد آخران أن الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا أن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعى عن نسبه فان لم يبين أمضى القضاء الاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين أنه وارثه فان كان أقرب من الاول قضى للثاني وان كان أبعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثلا الاول ابنا والثاني أبا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لامكان العمل بهما

وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه أن له عليه شيأ جازت الشهادة ويؤمر بالبيان والله سبحانه وتعالى أعلم

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التأخير فى الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لا حقا للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجرى فى العبادات البدنية الا أنهم استحسنوا جوازها فى كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض فلو لم يجز لأدى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت أعنى الشهادة على الشهادة وان بعدت (الا أن فيها شبهة) أى لكن فيها شبهة البدلية لان البدل لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بأنه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز وأجيب بان البدلية انما هى فى المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعى واذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله (أو من حيث ان فيها زيادة احتمال) معطوف على قوله من حيث البدلية يعنى أن فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان فى شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفى شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان يزيدوا فى عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام بها الباقون فلا تقبل فى الحدود والقصاص

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

قال (الشهادة على الشهادة جائزة فى كل حق لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الاصول شرع فى بيان أحكام شهادة الفروع (قوله الشهادة على الشهادة جائزة فى كل حق يثبت مع الشبهة) تخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص فأما التعزير ففى الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز فى التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه أبو الليث على أن كتاب القاضى الى القاضى لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة وفى فتاوى قاضيخان الشهادة على الشهادة جائزة فى الاقارير والحقوق وأقضية القضاة وكتبهم وكل شئ الا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال أحمد والشافعى فى قول وأصح قوليه وهو قول مالك تقبل فى الحدود والقصاص أيضا لان الفروع عدول وقد نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع (قوله وهذا استحسان) أى جواز الشهادة على الشهادة والقياس أن لا تجوز لانها عبادة بدنية وجبت على الاصل وليست بحق للمشهود له حتى لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة فى العبادة البدنية لا تجوز لان كون قول انسان ينفذ على مثله ويلزمه ما نسبه اليه وهو ينفيه ويبرأ منه انما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو ما فى شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو فى شهادة الفرعين وان اختلف محل الاداء لان محله فى الاصلين فى اثبات حق المدعى وفى الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصلين ثم يرجع الى الحق المدعى به لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الاداء لموته أو لغيبته أو مرضه فيضيع الحق أثبتها أهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يقال يستغنى عن ذلك بجنس الشهود بان يستشهد على كل حق عشرة مثلا فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعى لانا نقول

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

(قال المصنف الا أن فيها شبهة من حيث البدلية الخ) أقول فان الشهادة عبادة بدنية ولا تجرى البدلية فى العبادة وليس فى وجه الاستحسان المدعى ما يدفعه (قوله لعدم الاجبار) أقول أى لعدم الاجبار على الشهادة (قوله أى لكن فيها شبهة البدلية) أقول انما قال شبهة البدلية لما سيجىء من أن البدلية حقيقة ليس الا فى المشهود به أو الاضافة بيانية (قوله لعدم جوازه) أقول فيه اعمال الضمير فى الظرف (قوله بين البدل والمبدل) أقول كالتيمم والوضوء وغسل الرجل ومسحها (قوله وأجيب بان البدلية الخ) أقول ويجوز أن يجاب بانه ليس فيما ذكره من الصور الجمع بين البدل والمبدل لظهور أن الفرعين ليسا ببدل عن الذى شهد معهما بل عن الذى لم يحضر هكذا سنح للبال الفاتر ثم رأيت فى شرح الكنز للعلامة الزيلعى انه جاب بهذا فشكرت الله تعالى (قوله فان المشهود به الخ) أقول فعلى هذا يجب أن لا يجوز الجمع بين ذينك المشهود بهما فليتأمل (قوله واذا ثبت البدلية) أقول أى شبهتها

(وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا الاربع على كل أصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما روينا

المدعي جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله وقد انقرض الكل فالحاجة متحققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما أوجب الشرع الاحتياط في درئه وهو الحدود والقصاص لو أجزنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلافا الشرع والمصنف علل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية فاورد على هذا لو كانت بدلا لم تجز شهادة أصل مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل ولا شيأ منه وأجيب بان البدلية هنا بحسب المشهود به فانا علمنا بثبوت المشهود به للاصول فيه شبهة كما ذكرنا وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة أخرى لا بحسب شهادة الاصول لان شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه وبعد تحمله يرده الى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال بتأمل يسير فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكره المصنف لا جرم أن أصل السؤال غير وارد لانه انما يرد على حقيقة البدلية والمصنف انما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها فان قيل ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا حد فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان أجيب بان لا نقض فان المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها فاورد أن فعل القاضي موجب لردها ورد ها من حده فهو موجب للحد أجيب بالمنع بل الموجب لردها ان كان من حده ما يوجب الحد والذي يوجبه هو القذف نفسه على أن في المحيط ذكر محمد في الزيادات لا تقبل هذه الشهادة (قوله وتجوز شهادة شاهدين) أو شهادة رجل وامرأتين (على شهادة شاهدين) يعني اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما معا على شهادة هذا وشهادتهما أيضا على شهادة الآخر أما لو شهدا على شهادتهما بمعنى شهد واحد على شهادة أصل والآخر على شهادة الاصل الآخر فلا يجوز الا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب أصحابنا لكن في كتب أصحابه أنه لا يجوز وفي الجملة ان على قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق تجوز الشهادة لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القضاء فكانه شهد بنفسه واعتبروه برواية الاخبار (ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين) ذكره المصنف وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق انا ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمي عن حسين بن ضمرة عن أبيه عن جده عن علي قال لا يجوز على شهادة الميت الا رجلان وأسند ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن اسمعيل الازرق عن الشعبي قال لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين ولان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلا بد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الاصول لا يجوز على شهادتها الا رجلان أو رجل وامرأتان وقال الشافعي في أحد قوليه لا تجوز واختاره المزني لان الفرعين يقومان مقام أصل واحد كالمرأتين ولا تقوم الحجة بهما كالمرأتين لما قامتا مقام الرجل الواحد لا يقضى بشهادتهما ولان أحدهما لو كان أصلا فشهد شهادة ثم شهد مع فرع على شهادة الاصل الآخر لا تجوز اتفاقا فكذا اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وفي قول آخر للشافعي تجوز كقولنا وهو قول مالك وأحمد لما روينا من قول علي رضي الله عنه فانه باطلاقه ينتظم محل النزاع ولان حاصل أمرهما أنهما شهدا بحق هو شهادة أحد الاصلين ثم شهدا بحق آخر هو

قوله (ويجوز شهادة شاهدين) أي يجوز أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا أن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فذلك أربع على كل أصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما (ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين) فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون بازاء كل أصل فرعان (ولان نقل الشهادة) معطوف على قوله ولنا قول علي معنى ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة واحد على واحد خلافا لمالك قال الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه

(قوله فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين الخ) أقول ينظر فيه

وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار قال (وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل الخ) لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود الفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد وأداء الفروع فقال وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي انى أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل على مامر وانما قال كالنائب عنه لما مر أن الفرع ليس بنائب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولا بد أن يشهد

الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه ويجوز أن يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول أوضح لقوله لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل الاصل عند التحميل أشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال (ويقول شاهد الفرع الخ) هذا بيان كيفية أداء الفروع الشهادة (يقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلان بن فلان أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته أعني الفرع وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل) والعبارة المذكورة تفي بذلك كله وهو أوسط العبارات (ولها) أي لشهادة الفروع عند الاداء (لفظ أطول من هذا) وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد أن فلانا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته

فأمرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور أولا خمس الآن الآن

شينات (وأقصر منه) وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شئ وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير

وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة (وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه) لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على مامر ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء (وان لم يقل أشهدني على نفسه جاز) لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد (ويقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه

شهادة الاصل الآخر ولا مانع من أن يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف أداء الاصل بشهادة نفسه ثم بشهادته على الاصل الآخر مع آخر فانه انما لا يجوز لان فيه يجتمع البدل والمبدل منه بخلاف ما لو شهد شاهد به وشهد اثنان على شهادة الاصل الآخر حيث يجوز وقوله (وهو حجة على مالك) فيه نظر اذ كتبهم ناطقة بان شهادة الواحد على الاصل لا تجوز وما ذكره المصنف رواية عنه وانما نقل هذا عن ما تقدم ذكره في الجملة لما تقدم من أن الفرع كرسول وكرواية الاخبار ويدفعه ما ذكرنا عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن أحمد لا بد من أربعة فروع ليشهد كل فرعين على واحد من الاصلين (قوله وصفة الاشهاد) أي اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع (أن يقول شاهد الاصل له اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان ابن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه) وانما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع (لانه كالنائب عنه فلا بد من الاستنابة) وذلك بالتحميل بخلاف شهادة الاصل تجوز على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد أمرا غير الشهادة له أن يشهد به وان لم يحمل كالاقرار والبيع والغصب (على مامر) يعني في فصل ما يتحمله الشاهد وانما لم يقل لانه نائبه لانه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة أصل وأصل لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جائز وقوله (ولا بد أن يشهد) أي شاهد الاصل عند الفرع (كما يشهد) شاهد الاصل (عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر) شاهد الاصل في شهادته عند الفرع قوله (وأشهدني) يعني المقر (على نفسه) بذلك (جاز) لما ذكرنا آنفا من الفرق واذا وقع التحميل بما ذكر (فيقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلان بن فلان) ويعرفه (أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) فلا بد من ذكر الفرع جر شاهد الاصل فلزم فيه خمس شينات وذلك (لانه لا بد للفرع من شهادته وذكر شهادة الاصل والتحميل) قال المصنف (ولها) أي لشهادة الاداء من الفرع (لفظ أطول من هذا وأقصر) أما الاطول فان يقول أشهد أن فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا

(قوله وذكر التحميل) أقول يكفي في ذكر التحميل أشهدني على شهادته أو اشهد على شهادتي فأحدهما يغني عن الآخر فينبغي أن يكتفي بثلاث شينات

(ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لابد من التحميل) بالاتفاق أما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يخير المشهود عليه بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بأمره وأما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو أشهد انسانا على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له أن يشهد

على شهادته لكن لابد له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة في نفسها مالم تنقل ولابد للنقل من التحميل ولقائل أن يقول كلام المصنف مضطرب لانه جعل المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لابد من النقل ليصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك يقتضي أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الاصل مزيف

وخير الامور أوسطها (ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي) لانه لابد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لابد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ماهو حجة

الآن أشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات وأما الاقصر فان يقول الفرع أشهد على شهادة فلان بان فلانا أقر عنده بكذا ففيه شينان وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر وحكى فتوى شمس الائمة السرخسي به وهكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وحكي أن فقهاء زمن أبي جعفر خالفوا واشترطوا زيادة تطويل فاخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل وكلام المصنف يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر أن ثم أطول منه وأقصر ثم قال (وخير الامور أوساطها) وذكر أبو نصر البغدادي شارح القدوري أقصر آخر وهو ثلاث شينات قال ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ثم قال وما ذكر صاحب الكتاب يعني القدوري أولى وأحوط ثم حكى خلافا بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف في أن قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند أبي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه وعند أبي يوسف يجوز قال وجه قولهما انه لما لم يقله احتمل أن يكون أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب ويحتمل انه أمره على وجه التحميل فلا يثبت الثاني بالشك ولابي يوسف ان أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيحمل لذلك على التحميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وان كان فيهم العارف المتدين لان الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم وقولهم في اعطاء الصورة أشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلا بد أن يعرف شاهد الاصل قال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب عليهم أن يذكروا أسماء الاصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا أو قالا لا نسميهما أو لا نعرف أسماءهما لم تقبل لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة (قوله ومن قال أشهدني الخ) أي اذا قال شاهد عند آخر أشهدني فلان على نفسه بكذا لا يسع السامع أن يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك ووجهه المصنف بانه لابد من التحميل أما عند محمد فلانه يقول باشتراك الاصول والفروع في الضمان اذا رجعوا ومعنى هذا أن محمدا يخير المشهود عليه بين تضمين الفروع والاصول وليس المراد ما يعطيه ظاهر اللفظ من أنه يضمن الكل معا فان اختار تضمين الفروع لا يرجعون على الاصول بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب يتخير المغصوب منه في تضمين أيهما شاء فان ضمن الغاصب رجع على غاصبه وأما عندهما فلانه لابد من التحميل (لانه لابد من النقل) يعني الى مجلس القاضي (ليصير حجة فيظهر) بالنقل (تحميل ماهو حجة) يعني شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضي أن

(قوله يعني يخير المشهود عليه) أقول كما يجيء في باب الرجوع عن الشهادات (قال المصنف فيظهر تحميل ماهو حجة) أقول فيه بحث فان المقصود اثبات وجوب التحميل فمن أين يثبت وجود التحميل حتى يستقيم قوله فيظهر تحميل ماهو حجة ولا يبعد أن يجعل التحميل بمعنى التحمل كما في قوله تعالى بفاحشة مبينة ويصح الكلام حينئذ على ما أشار اليه الشيخ أكمل الدين في فصل ما يتحمله الشاهد وقال الاتقاني قوله فيظهر بالنصب جواب النفي وهو قوله لابد ويجوز أن يقال انه عطف على قوله ليصير اهـ وفيه بحث (قوله وذلك يقتضي أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل الخ) أقول هذا مسلم بل اللازم ظهور كون التحمل بما هو حجة بعد النقل (قوله قولهم في هذا الموضع الخ) أقول على ما مر في الهداية في فصل ما يتحمله الشاهد وأشار اليه هنا ثم اعلم أن قوله قولهم مبتدأ وخبره قوله مزيف (قوله فلا يحصل العلم للقاضي) أقول هكذا فيما ظفرنا به من نسخ العناية ومعراج الدراية ولعله سهو والصحيح فلا يحصل العلم للفرع

لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضى فى مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل والتوكيل وجه ذلك أن الاصل له منفعة فى نقل الفرع شهادته من وجه وهو أن الشهادة مستحقة على الأصل يجب عليه اقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بأمره فباعتبار هذا لا يشترط الامر لصحتها غير أن فيها مضرة من حيث انها جهة فى بطلان ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون أمره مضرة فى حقه فباعتبار هذا يشترط الامر وصار كمن له ولاية فى انكاح الصغيرة اذا أنكحها أجنبى بغير أمره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن لسد الخلل وأما عبارة المشايخ فهى مشكلة ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا فى هذا البحث كلام فى أول الشهادات بوجه آخر مفيد والله أعلم قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع الخ) قد تقدم أن مجوز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا تجوز ما لم توجد ولا تقبل الا أن يموت الاصول أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام أو يمرضوا مرضا يمنعهم الحضور الى مجلس الحكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة أحكام كقصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم أو زوج

قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا أن يموت شهود الاصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم

وجوب التحميل لوجوب النقل والنقل لا يتحقق الا بالتحميل حتى لو سمع شاهدا يقول لرجل اشهد على شهادتى الى آخره ليس له أن يشهد على شهادته لانه انما حمل غيره بحضرته فاذا نقل ظهر للقاضى انه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت عنده الحجة بخلاف ما لو سمع قاضيا يقول لآخر قضيت عليك بكذا أو على فلان فانه يجب أن يشهد على قضائه بلا تحميل لان قضاءه حجة كالبيع والاقرار بخلاف الشهادة ليست نفسها حجة حتى تصل الى القاضى ولقائل أن يقول كون النقل الى القاضى والحجة تتوقف على التحميل شرعا مما يحتاج الى دليل ان لم يكن فيه اجماع الامة وهو منتف على الاصح عند الشافعية والا فالاتفاق على أن من سمع اقرار رجل له أن يشهد عليه بما سمع منه وان لم يشهده بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فاخراج الاقرار بشهادة الشاهد بشهادته على فلان يحتاج الى دليل من الشرع وذكر فى الفتاوى الظهيرية فى وجهه أمرا آخر وهو أن الاصل له منفعة فى نقل شهادته فان شهادته حق عليه يلزمه أداؤه اذا طلب منه من هى له ومقتضى هذا أن لا يحتاج الى التوكيل والتحميل لان من عليه دين اذا تبرع انسان بقضاء دينه جاز وان لم يكن بامره لكن فيها مضرة اهدار ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على أمره ورضاه فيشترط كمن له ولاية انكاح صغيرة لو نكحها انسان لا بامره لا يجوز ذلك (قوله ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا أن يموت شهود الاصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام) ولياليها (فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة) فقدرت بمسافة اعتبرها الشرع بعيدة حتى أثبت رخصا عندها من الفطر والقصر وامتداد

(قوله لأن الفرع لا يسعه الى قوله عند القاضى فى مجلسه) أقول فيه بحث فانه لو أراد انه لا يسعه بعد ما شهد فى مجلس القاضى ولم يحكم بموجبها فذلك كذلك الا انه لا يلزمهم فان مرادهم أنها لا تكون حجة الا فى مجلس القاضى اذا حكم بموجبها وان اراد أنه لا يسعه بعد الحكم بها فذلك لكونها لغوا من الكلام اذ يجب عليه أن يشهد بحكم القاضى حينئذ فليتأمل (قوله ووجه ذلك أن الاصل الخ) أقول مراد القوم أيضا ليس الا ذلك كما لا يخفى على ذى تأمل فان الولاية تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى فما لم يحكم القاضى بشهادته لا يظهر أن للاصول ولاية ولا يوجد ابطال ولايته فقولهم لا يكون حجة الا فى مجلس القاضى اشارة الى هذا المعنى (قوله لما فيه من ابطال الولاية عليه) أقول الى هنا كلام الفوائد الظهيرية (قوله وقد تقدم لنا الخ) أقول فى فصل ما يتحمله الشاهد وقد تقدم لنا كلام على كلامه هنالك فراجعه قال المصنف (وبهذه الاشياء الخ) أقول الظاهر أن تقديم الجار لافادة الحصر قال المصنف (والثانى أرفق) أقول أى بارباب الحقوق من الناس فان الشهود ربما لا يقيموا الحسبة من مسيرة السفر لما فيه من الحرج فيتوى الحقوق خصوصا فى ذلك الزمان الذى ظهر التوانى فى الامور الدينية أو المراد الرفق بالشهود حيث لا يكلف ما فيه حرج عليه ولا يلزمه مشقة الحضور والظاهر هو الاول بشهادة السياق

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ان كان في مكان لوغدا الاداء الشهادة لايستطيع أن يبيت في أهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث قال (فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز) لانهم من أهل التزكية (وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح) لما قلنا غاية الامر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه

وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الاضحية والجمعة (وعن أبي يوسف أنه ان كان في مكان لايستطيع أن يبيت في أهله لوغدا الاداء الشهادة صح شهادة الفروع احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن) يعني من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع (والثاني أرفق احياء لحقوق الناس) وفي الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية (وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وذكره محمد في السير الكبير وعن محمد تجوز الشهادة كيفما كان حتى روى انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل وقال الامام السرخسي وغيره يجب أن تجوز على قولهما خلافا لابي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة يجوز عندهما بلا رضا الخصم وعنده لا الا برضاه والاقطع صرح به عنهما فقال وقال أبو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا في المصر * (فروع) خرس الاصلان أو عميا أو جنا أو ارتدا والعياذ بالله تعالى أو فسقا لم تجز شهادة الفروع وتجوز شهادة الابن على شهادة الاب دون قضائه في رواية والصحيح الجواز فيهما ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره صح وتقبل الشهادة في النسب وكتاب القاضي الى القاضي وفي الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل لان شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغائب غير مقبولة لانها لو قبلت ثبت بشهادة الاصل الحاضر ثلاثة أرباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الاصل الغائب ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق كذا ذكره الامام السرخسي ولم يزد في شرح الشافي على تعليله بان شهادته بشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح ولو شهدا على شهادة رجلين بشئ ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ وقال بعضهم لا يصح والاظهر الاول وتقبل الشهادة على الشهادة وان كثروا سمعا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما ان يشهدا أن القاضي قضى عليه وان كانا سمعا من القاضي في المصر أو سواده في رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الاقيس وعن أبي يوسف لا يجوز ان سمعاه في غير مجلس القاضي وهذا أحوط (قوله فان عدل شهود الاصل الخ) شهود الاصل منصوب مفعولا وشهود الفرع فاعل والحاصل أنه اذا شهد الفرعان فان علم القاضي عدالة كل من الفروع والاصول قضى بموجب الشهادة وان لم يعلم عدالة الاصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الاصول فان عدلوهم جاز لانهم من أهل التزكية فتقبل (وكذا لو شهد اثنان فعدل أحدهما) وهو معلوم العدالة للقاضي (الآخر جاز) خلافا لقول بعض المشايخ انه لا يجوز لانه متهم في ذلك حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما أشار اليه المصنف بقوله (غاية الامر أن فيه منفعة الى آخره لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه) يعني أن شهادة نفسه

(وعن أبي يوسف أنه ان كان في مكان لوغدا الاداء الشهادة لايستطيع أن يبيت في أهله صح له الاشهاد) دفعا للحرج و(احياء لحقوق الناس قالوا الاول) أي التقدير بثلاثة أيام (أحسن) لان العجز شرعا يتحقق به كما في سائر الاحكام التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان أحسن (والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وكثير من المشايخ وروى عن أبي يوسف ومحمد انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم فكان كنقل اقرارهم (فان عدل شهود الاصل شهود الفروع جاز) وحاصل ذلك أن الفرعين اذا شهدا على شهادة أصلين فهو على وجوه أربعة اما أن يعرفهما القاضي أو لا يعرفهما أو عرف الاصول دون الفروع أو بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسأل عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع يسأل عن الاصول فان عدل الفروع الاصول تثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من التزكية لكونهم على صفة الشهادة (وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا) انه من أهل التزكية وقوله (غاية الامر) رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فأشار الى رده بقوله غاية الامر أي غاية ما يرد فيه من أمر الشبهة أن يقال ينبغي أن لا يصح تعديله لانه متهم بسبب (أن في تعديله منفعة) له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد به (لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه) فانه يحتمل أن يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم يكن له شهادة فيه في الواقع (كيف) يكون ذلك مانعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل (لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه) حتى اذا انضم اليه

غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما (فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم) وقالوا لانخبرك (جازت) شهادتهم (و) لكن (ينظر القاضي في حال الاصول) بان يسأل من المزكين غير الفروع (عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد لا تقبل) شهادة الفروع (لانه لاشهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا) فقد أقاموا ما وجب (٨٠) عليهم ثم القاضي (يتعرف العدالة كما اذا احضر الاصول بأنفسهم فشهدوا) واذا قالوا لانعرف ان الاصول عدول أولا قيل ذلك وقولهم لانخبرك سواء وكأنه أشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا (وان أنكر شهود الاصول الشهادة) بان قالوا مالنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم (لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو) أي التحميل (شرط) صحة شهادة الفروع

(قوله وكأنه أشار اليه الخ) أقول وجه الاشارة أنهم لو عرفوها لاخبروا بها نعم لو قال فاذا لم يخبروا بها لكان أوضح في ذلك قال المصنف (وان أنكر شهود الاصل الشهادة) أقول قال الزيلعي أي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين الخبرين انتهى وفي الكافي معنى المسئلة أنهم قالوا مالنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا انتهى فظهر مما ذكره الزيلعي وما في الكافي أن الحكم واحد سواء أنكر الاصول شهادتهم بنفس الحادثة أو أنكروا اشهادهم الفروع على شهادتهم ثم ظاهر كلام الهداية على ما صوره في الكافي لا على ما صوره الزيلعي فانه قال الشهادة لا الاشهاد (قوله

فلا تهمة قال (وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لاشهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا يقبل ولابي يوسف رحمه الله ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال (وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط

تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه (وان سكتوا) أي الفروع عن تعديل الاصول حين سألهم القاضي (جازت) شهادة الفروع (ونظر القاضي) في حال الاصول فان عدلهم غيرهم قضى والالا (وهذا عند أبي يوسف وقال محمد) اذا سكتوا أو قالوا لانعرف عدالتهم (لا تقبل) شهادة الفروع لان قبولها باعتبار انها نقل شهادة ولم تثبت شهادة الاصول فلا تقبل شهادة الفروع (ولابي يوسف ان المأخوذ) أي الواجب (على الفروع ليس الا النقل) ما حملهم الاصول (دون تعديلهم) فانه قد يخفى حالهم عنهم فانهم اذا نقلوا ما حملوهم على القاضي أن يتعرف حالهم منهم أو من غيرهم وصار كما لو حضر الاصول بنفسهم وشهدوا وحينئذ ظهر أن ليس سؤال القاضي الفروع عن الاصول لازما عليه بل المقصود أن يتعرف حالهم غير أن الفروع حاضرون وهم أهل التزكية ان كانوا عدولا فسؤالهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم فان كان عندهم علم فقد قصرت المسافة والا احتاج الى تعرف حالهم من غيرهم كذا ذكر الخلاف الناصحي في تهذيب أدب القاضي للخصاف وصاحب الهداية وذكر شمس الائمة فيما اذا قال الفروع حين سألهم القاضي عن عدالة الاصول لانخبرك بشيء لم تقبل شهادتهما أي الفروع في ظاهر الرواية لان هذا ظاهر في الجرح كما لو قالوا نتهمهم في هذه الشهادة ثم قال وروى عن محمد رحمه الله أنه لا يكون جرحا لانه يحتمل كونه توقفا في حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى وعن أبي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالا لانعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره أبو علي السغدي وذكر الحلواني انها تقبل ويسأل عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فيسأل عنه وذكر هشام عن محمد في عدل أشهد على شهادته شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ولا يدرى أهو على عدالته أم لا فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله ان كان الاصل مشهورا كأبي حنيفة وسفيان الثوري قضى بشهادتهما عنه لان عثرة المشهور يتحدث بها وان كان غير مشهور لا يقضي به ولو أن فرعين معلوما عدالتهما شهدا عن أصل وقالا لاخير فيه وزكاه غيرهما لا تقبل شهادتهما وان قال ذلك أحدهما لا يلتفت الى جرحه وفي التتمة اذا شهدا أنه عدل وليس في المصر من يعرفه فان كان ليس موضع للمسألة يعني بأن تخفى فيه المسألة سألهما عنه أو بعث من يسألهما عنه سرا فان عدلاه قبل والا اكتفى بما أخبراه علانية (قوله وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان انكارهما الشهادة انكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الاصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض

قال (واذا شهد رجلان على شهادة رجلين الخ) اذا شهد فرعان على شهادة أصلين (على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقالا أخبرانا) الاصلان (أنهما يعرفانها فجاء المدعى بامرأة وقالا) الفرعان (لا نعلم أهى هذه أم لا يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها هى لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظيرهذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشترى) بعدما أنكر أن يكون المحدود بها فى يده (لابد من) شاهدين (آخرين يشهدان بان المحدود بها فى يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذى فى يدى غير محدود بهذه الحدود وكذلك اذا كتب قاضى بلد الى آخر) شاهدان شهدا عندى أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا فاض عليه بذلك فاحضر المدعى فلانا فى مجلس القاضى المكتوب اليه ودفع اليه

الكتاب يقول القاضى هات شاهدين يشهدان أن هذا الذى أحضرته هو فلان المذكور فى هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليه فى القضاء (لانه) أى كتاب القاضى الى القاضى (فى معنى الشهادة على الشهادة

(واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندرى أهى هذه أم لا فانه يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها فلانة) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظيرهذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشترى لابد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها فى يد المدعى عليه وكذا اذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة فى الشهادة حدود ما فى يده قال (وكذا كتاب القاضى الى القاضى) لانه فى معنى الشهادة على الشهادة

(قوله واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم) هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه فيقولان قد أخبرانا انهما يعرفانها وجاء ن بامرأة فيقولان لا ندرى هى هذه أم لا قال يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان انها فلانة الفلانية بعينها فأجيزا الشهادة والمصنف أفرد فقال (فجاء بامرأة) يعنى المدعى جاء بها وهو أنسب وهذا (لان الشهادة) بالالف (على المعرفة بالنسبة قد تحققت) بالشهادة المذكورة للفروع (والمدعى يدعى) الالف (على حاضرة جاز كونها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة) التى بها شهدا بالالف عليها قال المصنف (ونظير هذا اذا تحملوا شهادة ببيع محدودة) قال قاضيخان وهذا كرجلين يشهدان أن فلانا اشترى دارا فى بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أن هذه الارض المحدودة بهذه الحدود فى يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء وهذا التصوير أوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدود وذكر التمرتاشى رحمه الله وصار كرجل ادعى محدودا فى يد رجل وشهد شهوده أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفى يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذى فى يدى غير محدود بهذه الحدود التى ذكرها الشهود يقال للمدعى هات شاهدين أن الذى فى يده محدود بهذه الحدود ثم تصوير المصنف يصدق فيما اذا كان المدعى شفيعا والمحدود فى يد المشترى فادعاه لطلب الشفعة فقال المشترى العين الذى فى يدى بطريق الشراء ليس بهذه الحدود ثم قال المصنف (قال) يعنى محمدا فى الجامع الصغير (وكذلك كتاب القاضى الى القاضى) فانه ذكر فيه المسألتين فانه قال بعد قوله فأجيزا الشهادة وكذلك كتاب القاضى الى القاضى بشهادة شاهدين وقال أبو حنيفة رحمه الله

(قول المصنف فجاء بامرأة الخ) أقول لعل الفاء للترتيب الذكرى اذ لا يسمع الشهادة قبل حضور الخصم أو قوله شهد الرجلان بمعنى أرادا الشهادة ولعل هذا هو الاولى ويدل عليه قول الامام التمرتاشى ليمكن للشاهد الاشارة اليها فى الشهادة قال المصنف (ونظير هذا الى قوله فى يد المدعى عليه) أقول قال فى النهاية ثم فائدة كون المحدود فى يد المشترى حالة الدعوى تظهر اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع

والمحدود فى يد المشترى ولى حق الشفعة وأما لو كان المدعى هو البائع بطالب المشترى بالثمن فلا حاجة الى كون المبيع فى يد المشترى لان للبائع ولاية مطالبة الثمن من المشترى سواء كان فى يد البائع أو فى يد المشترى انتهى ويظهر أيضا اذا ادعى المدعى الاستحقاق واثبات البيع حينئذ لان كون المحدود للبائع قد يكون مشهورا والمدعى عليه يدفعه بناء عليه بان يده ليست يد خصومة ولا يندفع ذلك الا باثبات الشراء فتأمل (قوله فجاء المدعى بامرأة) أقول أنكرت انها اياها (قوله ونظير هذا اذا تحملوا الى قوله فى يده الخ) أقول فيه أن دعوى العقار لابد أن يشهدوا على كون المدعى فى يد المدعى عليه وان اعترف به على ما سيجىء (قوله الذى فى يدى الخ) أقول قوله الذى فى يدى مبتدأ وقوله غير محدود خبره (قوله ودفع اليه الكتاب الخ) أقول وأنكر المدعى عليه كونه فلان بن فلان

الاأن القاضى لكمال ديانته و وفور ولايته ينفرد بالنقل (ولو قالوا فى هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها) وهى القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لابد منه فى هذا ولا يحصل بالنسبة الى العامة وهى عامة الى بنى تميم لانهم قوم لا يحصون و يحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة

(ان قالا فى هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها) الى هنا لفظ الجامع الصغير يعنى أن القاضى اذا كتب فى كتابه الى القاضى الآخر أن شاهدين عدلين شهدا عندى أن لفلان بن فلان الفلانى على فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فأحضر المدعى امرأة فى مجلس القاضى المكتوب اليه وقال هى هذه يقول له المكتوب اليه هات شاهدين يشهدان أن التى أحضرتها هى فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة فى هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليها فى القضاء عليها وقوله (الا أن القاضى الخ) جواب عن مقدر وهو أنه اذا كان فى معنى الشهادة على الشهادة ينبغى أن لا يقبل قول القاضى وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول بما شهدوا به فقال ان للقاضى زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل ثم قال المصنف قال ولو قالوا فى هذين فلفظ قال أيضا على ماذكرنا من قول المصنف نقلا للفظ الجامع على ما نقلناه آنفا أى قال فى الجامع قال أبو حنيفة لو قالوا فى هذين البابين أى الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى هى فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها الى فخذها يريد القبيلة الخاصة التى ليس دونها أخص منها وهذا على أحد قولى اللغويين وهو فى الصحاح وفى الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وانه بتسكين الخاء والجمع أفخاذ وجعله فى ديوان الادب بكسر الخاء وانه أقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف والزبير فقال والعرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة و بطن وفخذ وفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوبا لان القبائل تتشعب منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصى بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ مالم ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولهذا قال تعالى وفصيلته التى تؤويه وقدمنا فى فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة العشيرة والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين وأسلفنا هنالك ذكرها منظومة فى شعر ثم انما لم يكتف بذكر نحو التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك ونقل فى الفصول عن قاضيخان ان حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفى بذلك وفى الفصل العاشر من فصول الاستروشنى رأيت بخط ثقة لو ذكر اسمه واسم أبيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه هل يكفى فيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يكفى وفى اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضى بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع فى فصل مجتهد فيه قال كذا رأيت فى بعض الشروط ولا يخفى أن ليس المقصود من التعريف أن ينسب الى أن يعرفه القاضى لانه قد لا يعرفه ولو نسبه الى مائة جد والى صناعته ومحلته بل ليثبت بذلك الاختصاص و يزول الاشتراك فانه قلما يتفق اثنان فى اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفى بذلك الاوجه منه ما نقل فى الفصول من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير أنهم اختلفوا فى اللقب مع الاسم هل هما واحد أو لا ونظير ماذكر فى النسب ماذكر فى النسبة الى البلدان فى حق من لا يعرف له نسبة الى جد مشهور

الفروع غير مناسب اذ العدد من شأنهم دون الكتاب لان ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد (ولو قال الشهود فى هذين البابين) يعنى باب الشهادة وباب كتاب القاضى فلانة (التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهى القبيلة الخاصة) يعنى التى لا خاصة دونها قال فى الصحاح الفخذ آخر القبائل الست أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال فى غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة بكسر العين تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل (وهذا) أى عدم الجواز (لان التعريف لابد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة) بالنسبة الى بنى تميم لانهم قوم لا يحصون فكم تكون بينهم نساء تحدث أساميهن وأسامى آبائهن (و يحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة)

(قوله قال فى الصحاح الفخذ آخر القبائل الخ) أقول هذا يدل على أن القبيلة قد تطلق على كل واحد من هذه الست فيكون مشتركا أو مجازا على سبيل التغليب (قوله والقبائل تجمع الخ) أقول والظاهر أن يقال والقبيلة الخ

وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى والله أعلم

﴿فصل﴾ قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه) وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه

مشهور ومثل أن يقول الفرغانية وكذا البلخية كذا ذكره أبو الليث (وقيل السمرقندية والبخارية عامة) بخلاف الاوزجندية (وقيل) في النسبة (الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة) ثم قال المصنف (ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف) في عدم اشتراطه ذكر الجد (على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى) أي الجد الاعلى في ذلك الفخذ الخاص فنزل منزلة الجد الخاص وهذا تعليل لقول أبي حنيفة المنقول في الجامع ان قالا في هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها فانه ذكره فيما اذا قالا فلانة بنت فلان الفلانية من غير ذكر جد فعلم أن الفلانية يقوم مقام الجد اذا كان نسبة الى أخص الآباء

﴿فصل﴾ قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور الخ) أخر حكم شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل في الفطرة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان وشاهد الزور لا يعرف الا باقرار بذلك ولا يحكم به برد شهادته لمخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعي له اذ قد يكون محقا في المخالفة أو للمدعي غرض في أذاه وزاد شيخ الاسلام أن يشهد بموت واحد فيجيء حيا ولو قال غلطت أو ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور فقال أبو حنيفة رحمه الله يعزر بتشهيره على الملا في الاسواق ليس غير (وقالا نوجعه ضربا ونحبسه) فصار معنى قوله ولا أعزره لا أضربه فالحاصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية أو هما أضافا الى ذلك الضرب والحبس وبقولهما قال الشافعي ومالك (لهما ماروى أن عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا) رواه ابن أبي شيبة حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن أبي مالك أن عمر رضي الله عنه كتب الى عماله بالشام ان شاهد الزور يضرب أربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويطال حبسه وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول أن عمر ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وقال أخبرنا يحيى بن العلاء أخبرني أبو الاحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر بشاهد الزور أن يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابي ظاهر أما من لا يراه فبوجهين أحدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا وليس بشئ لان الانكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد فاذا فرض أنه أداه اجتهاده الى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد في محل اجتهاده فلا حجة في هذا السكوت والثاني أنه أتى كبيرة من الكبائر على ما صرح به النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري أنه صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم باكبر الكبائر قالوا بلى يارسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس قال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت وقرن تعالى بينها وبين الشرك فقال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كانت كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيها التعزير وهذا لا ينتهض على أبي حنيفة فانه انما يقتضي التعزير وهو لا ينفيه بل قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق أنه ينتهض عليه لانه

على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو أب الاب

﴿فصل﴾ قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره في السوق الخ) شاهد الزور وهو الذي أقر على نفسه أنه شهد بالزور أو شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزر وتشهيره تعزيره عند أبي حنيفة فقوله ولا أعزره يعني لا أضربه وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر أو بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا يبلغ التعزير الى أربعين لان مقصودهما اثبات ما نفاه أبو حنيفة من التعزير بالضرب فانه يدل على أن أصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة

﴿فصل﴾ (قوله لان مقصودهما الخ) أقول جواب لقوله لا يقال الاستدلال به الخ

قوله (ولان هذه) أى شهادة الزور (كبيرة) ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو ماروى أبو بكرة عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ألا أنبئكم بأكبر الكبائر قلنا بلى يارسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فمازال يقولها حتى قلت لايسكت (وتعدى ضررها الى العباد) باتلاف أموالهم (وليس فيه حد مقدر فيعزره ولابى حنيفة رحمه الله أن شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب) وكان ذلك فى زمن عمر وعلى رضى الله عنهما والصحابة متوافرة وما كان يخفى مايعمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروى عنهما وحل محل الاجماع (ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة فى الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع) فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق (فوجب التخفيف من هذا الوجه) وذلك بترك الضرب (وحديث عمر رضى الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين) وهو منهى عنه قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين (و) بدلالة (التسخيم) هذا تأويل شمس الائمة وأوله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير فان الخجل يسمى

مسودا مجازا قال الله تعالى واذا بشر أحدهم بالانثى ظل وجهه مسودا (وتفسير التشهير ما نقل عن شريح رحمه الله أنه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا أو الى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر أجمع ما كانوا) أى مجتمعين أو الى موضع يكون أكثر جمعا للقوم (ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة ان عندهما أيضا يشهر والحبس والتعزير مقداره مفوض الى مايراه القاضى) ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تائبا أو مصرا أو مجهول الحال

ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله أن شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة فى الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضى الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر مايراه القاضى عندهما وكيفية التعزير ذكرناه فى الحدود

ينفى ضربه وهو ما يثبتانه فان كان الضرب زيادة فى التعزير فليكن اذ قد ثبت الزيادة فيه به (ولابى حنيفة رحمه الله أن شريحا رضى الله عنه كان يشهر ولا يضرب) روى محمد بن الحسن فى كتاب الآثار أنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبى الهيثم عمن حدثه عن شريح أنه كان اذا أخذ شاهد الزور فان كان من أهل السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يعزيكم ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب أرسل به الى مجلس قومه أجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال فى المرة الاولى ونحوه مارواه ابن أبى شيبة حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبى حصين قال كان شريح يبعث شاهد الزور الى مسجد قومه أو الى السوق ويقول انا زيفنا شهادة هذا وفى لفظ كان يكتب اسمه عنده وقال الخصاف فى أدب القاضى حدثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن أبى حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فأدخل بين وكيع وأبى حصين سفيان وقد يقال ليس فى هذه الرواية مايصرح بانه لم يضربه بل انه فعل ذلك ولا ينفى هذا أن يكون مع شئ آخر ثم وجدناه هذا المحتمل مرويا قال عبد الرزاق أنا الثورى عن الجعد بن ذكوان قال أتى شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به الى مسجد

وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم لايعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذى قلنا ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك أولا ان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة أشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح أنه مفوض الى رأى القاضى وان كان مستورا لاتقبل أصلا وكذا ان كان عدلا على رواية بشر عن أبى يوسف لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى أبو جعفر أنها تقبل قالوا وعليه الفتوى

قال المصنف (أجمع ما كانوا) أقول حال من الظرف أى حال كونه أجمع الاوقات التى كانوا فيها أو أجمع أوقات أكوانهم على أن ما مصدرية كما فى أخطب ما يكون الامير قائما وهذا أولى ويجوز أن يكون بدلا من بعد العصر بل صفة له قال المصنف (يقرئكم السلام) أقول قرأ عليه السلام أبلغه ولا يقال أقرأه الا اذا كان مكتوبا كذا فى القاموس فحينئذ يكون استقامة مافى الكتاب بأن يكتب شريح اليهم كتابا ينقل رسوله مافيه الى القوم (قوله أجمع ما كانوا أى مجتمعين الخ) أقول فيه بحث بل المعنى ماذكرنا (قوله فيمن كان تائبا أو مصرا) أقول وقع فى بعض النسخ لفظ الاقرار بدل لفظ الاصرار والصحيح الاصرار

(وفى الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران) وفائدته أن شاهد الزور فى حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفى للشهادة والبينات للاثبات والله أعلم

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

(قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت) لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضى لا يقضى بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما أتلفا شيأ لا على المدعى ولا على المشهود عليه

يعزره الناس غير أن أبا حنيفة يقول ان فرضنا أنه وقع الضرب وقد قلنا انه انما يعرف شاهد الزور باقراره فكان ذلك قبل أن يدرى شاهد الزور الراجع أنه يفعل به ذلك فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فرجع فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقرا فى النفوس يكون صارفا له عن الرجوع وحاملا على التمادى فوجب أن يترك ويكتفى بما ذكرت من التعزير هذا بعد العلم بانه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز أن يجتهد فى نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر وأما الجواب بان ما روى من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد يرد بما ذكرنا من كتاب عمر به الى عماله فى البلاد وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ بالتعزير الى الحدود فليس بشئ فان ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ به خمسة وسبعون وتسعة وسبعون فجاز كون رأى عمر رضى الله عنه كذلك وأما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد يكون رأى عمر رضى الله عنه أن المثلة ليست الا فى قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل فى البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول واعلم أنه قد قيل ان المسئلة على ثلاثة أوجه ان رجع على سبيل الاصرار مثل أن يقول لهم شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم فجواب أبى حنيفة رحمه الله فى التائب لان المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعى الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة والتسخيم بالجر عطفا على قوله بدلالة التبليغ يقال سخم وجهه اذا سوده من السخام وهو سواد القدر وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود وفى المغنى ولا يسحم وجهه بالخاء والحاء

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

لما كان هذا ايجاب رفع الشهادة وما تقدم ايجاب اثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذلك للموازاة بينهما والا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كما لذلك ولتحققه بعد الشهادة اذ لا رفع الا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالبا الا لتقدمها عمدا أو خطأ (قوله اذا رجع الشهود عن الشهادة سقطت) عن الاعتبار فلا يقضى بها لان كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا لا نشهد به ولا يقضى بالمتناقض ولانه أى كلامه الذى ناقض به وهو المتأخر فى احتماله الصدق كالاول فليس القضاء باحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما قالوا ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر فى أنه توبة عن الزور ان تعمده أو التهور والعجلة ان كان أخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر (قوله ولا ضمان عليهم) لانهم لم يتلفوا شيأ على المشهود له

بذلك فأما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفى للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذى شهد بقتل شخص وظهر حيا أو بموته وكان حيا اما لندرته واما لانه لا محيص له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما يعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعل كأنه قال ذلك والله أعلم

كتاب الرجوع عن الشهادة

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتأخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها يقتضى سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا وهو أمر مشروع مرغوب فيه بدنانة لان فيه خلاصا من عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا فى مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به أو شهدنا بزور فيما شهدنا فاما أن يكون قبل الحكم بها أو بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الغريم لان الحق انما يثبت بقضاء القاضى ولا قضاء ههنا لان القاضى لا يقضى

بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا لانهما ما أتلفا شيأ لا على المدعى ولا على المدعى عليه أما على المدعى عليه فظاهر

وأما على المدعى فلان الشهادة ان كانت حقا فى الواقع ورجعوا عنها صاروا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها وان كان الثانى لم يفسخ الحكم لان الكلام الثانى يناقض الاول والكلام المناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدى الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبر الجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم ونقضه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الآخر فى الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينتقض به وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضى وان كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان التسبيب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كما فى حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان أجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وعد بتقريره من بعد واكتفى عن ذكر التعزير فى الفصلين بذكره فى الفصل المتقدم قال (ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم الخ) الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة حاكم سواء كان هو الاول أولا لانه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع مادامت الحجة باقية فلابد من رفعها والرجوع فى غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة فى غير مجلسه ليست بحجة كما مر والاقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو يثبت فى ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة فى غير مجلس الحكم حيث ابتداء لا بقاء ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه أسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها فى الابتداء وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح ووجود المبيع فى البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ (ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان) وشهادة الزور جناية فى مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به

(فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لان آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه فى الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم) لاقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضى أى قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان

أو عليه (قوله فان حكم الخ) اذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وان رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الثانى ليس أولى من كلامهم الاول ولا الاول أولى من الثانى فتعارضا ولا ترجيح قبل الحكم لاحد الكلامين فلا يحكم باحدهما وبعده ترجح الاول لاتصال القضاء به لانه مؤكد لحكمه ووقع فى حال لا معارض له فيه فلا ينقض الاقوى بالادنى لكن عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم وانما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم أعنى اتصال القضاء الذى لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بانه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين بان تسببهم فى ذلك الاتلاف كان تعديا لانه وقع على خلاف الحق والتسبب فى الاتلاف تعديا سبب للضمان وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الاداء فى العدالة صح رجوعهم فى حق نفسهم وفى حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء أو دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول أستاذه حماد بن سليمان ثم رجع الى أنه لا يصح رجوعه فى حق غيره على كل حال فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضى عليه لما قلنا وهو قولهما (قوله ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) سواء كان هو القاضى المشهود عنده أو غيره وزاد جماعة فى صحة الرجوع أن يحكم القاضى برجوعهما ويضمنهما المال واليه أشار المصنف

(قوله واما على المدعى الخ) أقول ظاهره لا يوافق الدعوى قال المصنف (فلا ينتقض الحكم بالتناقض) أقول لعل المتناقض بمعنى المناقض لكونه ساقط العبرة عقلا وشرعا كما سيصرح به آنفا (قوله لئلا يؤدى الى التسلسل الخ) أقول كلام قليل الجدوى مع الغناء عنه (قوله كالملجأ من جهتهم) أقول أى من جهة الشهود (قوله واكتفى عن ذكر التعزير فى الفصلين) أقول أى فى فصل الرجوع قبل الحكم بها أو بعده (قوله وهو مسلم فان الرجوع اقرار الخ) أقول ويجوز تقريره معارضة (قوله والجواب أن الاستحقاق الخ) أقول النظر فى هذا الجواب (قوله ولان الرجوع توبة) أقول عطف على قوله لانه فسخ للشهادة

واذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضى فلو ادّعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح

حيث قال (واذا لم يصح فى غير مجلس القاضى فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما) انهما لم يرجعا (لا يحلفان وكذا) لو أقام بينة على هذا الرجوع (لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا) واقامة البينة والزام اليمين لا تقبل الا على دعوى صحيحة ثم قال (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل) فهذا ظاهر فى تقييد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع و بالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفى الفتاوى هذا القيد وذكر أنه انما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد ويتفرع على اشتراط المجلس انه لو أقر شاهد بالرجوع فى غير المجلس وأشهد على نفسه به و بالتزام المال لا يلزمه شئ ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ولو أقر فى مجلس قاض أنه رجع عند قاضى كذا صح باعتبار كون هذا رجوعا عند هذا القاضى لا الذى أسند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضى ثم جحدا تقبل البينة عليهما ويقضى بالضمان عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم فى صحة الرجوع وجهين أولهما أن الرجوع فسخ للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابداء الفرق بان اشتراط المجلس ليتصور الاداء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله الاقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه والاقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء وأجاب فى النهاية بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع فانه شرط فيه وجود المبيع فكذا فى فسخه وهذا أيضا مما يحتاج الى اثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك فى فسخ البيع انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن اثباته مع ثبوته دون المجلس ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط لابتدائه حضور رأس المال دون فسخه وأجاب بمثل ما ذكرنا من أن ذلك لامر يخص الابتداء لا يوجد فى البقاء وهو كى لا يلزم الافتراق عن الكالئ بالكالئ وذلك غير لازم فى فسخه فلذا لم يشترط فى فسخه ما شرط فى ابتدائه وهذا نحو ما ذكرنا من أن شرط المجلس ابتداء ليتصور الاداء بخلاف الفسخ ثم تمهيد الجواب بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع نعم الرفع يرد على حالة بقاء أثر الشهادة وهو الحكم بها ولو تسهلنا الى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ولو أرخينا العنان فى الآخر فانما يكون المشروط للبقاء المجلس الاول الذى كان شرطا للاداء والمجلس المشروط هنا مجلس آخر وذكر بعضهم فى وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص بموضع الشهادة ومنع الملازمة فيه ظاهر فبينه بان السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل ولا يخفى أن اتحاد المحل انما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين فى نفسه كما ان المجلس شرط لكل من الشهادة ونقضها والوجه الثانى أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب فى مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمجلسه ولا شك ان ذلك أيضا غير لازم فيه فبينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضى الله تعالى عنه حين بعثه النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن فقال أوصنى فقال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت الى أن قال واذا عملت شرا فأحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وأنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الاعلان فى محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل فى مثله مما فيه علانية وهو اذا أظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه و بلغ ذلك القاضى بالبينة عليه كيف لا يكون معلنا

وأراد أن يحلف الشاهدين (لم يقبل القاضى بينة عليهما ولا يحلفهما) لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع فى غير مجلس الحكم باطلة (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل) بينته (لان السبب صحيح) والضمير المستكن فى ضمنه يجوز أن يكون للقاضى ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيأ الى الآن ويجوز أن يكون للمدعى ومعناه طلب من القاضى تضمينه والالف واللام فى قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قبول البينة أى لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع فى مجلس الحكم وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فانه لقبول البينة لا لوجوب الضمان فتأمل

(قوله ومعناه حكم عليه) أقول فعلى الاول معطوف على رجع وعلى الثانى على قوله أقام البينة (قوله لان سبب الضمان الخ) أقول وفى غاية البيان لان سبب التضمين وهو الرجوع عند القاضى (قوله فانه لقبول البينة) أقول فيه بحث لان المعنى حينئذ تقبل الشهادة لان الدعوى أعنى دعوى الرجوع صحيحة لصحة الرجوع الذى هو سبب الضمان فليتأمل

(واذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم الا أنه ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما يأتي من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما تسببا في الاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشر وقلنا أوجب عليهما الضمان لانهما تسببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذ لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجا الى القضاء بشهادتهم لانه بالتأخير يفسق وليس بملجا حقيقة لان الملجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاؤه من المدعي أيضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر السبب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك أصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص جعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة أو صار شبهة كما سيجيء والشافعي جعله مباشرا بما ورد عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه أن اليدين لا يقطعان بيد واحدة وجاز أن يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني أن الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضي له به دينا كان أو عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة هذا ولا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين وبيان ذلك أنهما اذا ألزماه دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين أوجباه ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك

(واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجا الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين

(قوله واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعي في الجديد لا ضمان عليهما لانهما متسببان ولا عبرة بالتسبب وان كان تعديا مع وجود المباشرة قلنا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالملجا الى مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة واذا ألجأه الشرع لا يضمنه ولانه يوجب عدم قبول القضاء من أحد وأما المدعي فلانه أخذ بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس أولى من الاول لينقض الحكم واذا لم ينقض لا يمكن جبره على اعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعا واذا تعذر الايجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبب كحافر البئر في الطريق واعلم ان الشافعية اختلفوا في هذه المسئلة والصحيح عند الامام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا والقول الآخر لا ينقض ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبي حنيفة الاول اذا كان حالهما وقت الرجوع مثله عند الاداء وقد نقض عليه أيضا بايجاب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المقتص والقاضي وأجيب عنه بان ذلك لدليل خاص وهو قول علي رضي الله تعالى عنه لشاهدي السرقة بعد ما قطع ورجعوا وجاؤا بآخر وقالوا هذا الذي سرق لو علمت انكما تعمدتما لقطعت أيديكما أخرجه الشافعي وقال بهذا القول نقول فان نوقض بانه لا يرى تقليد الصحابي أمكن الجواب عنه باني انما قلت به لما ظهر من مناطه من أن أمر الدم أشد من أمر المال قلنا الاشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان في أحكام الدنيا لجوازه باعتبار أمر الآخرة ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد قال المصنف (اذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا) لان

(قوله فيتحمل الضرر الخاص) أقول لعله يريد به تضمين الشهود (قوله في الشهادة) أقول متعلق بقوله ترك (قوله كما سيجيء) أقول أي في هذا الكتاب أيضا في الدرس الثالث (قوله والجواب أنه الخ) أقول هذا جواب عن دليل الشافعي (قوله قد استوفى) أقول المقضي عليه (قوله ولا مماثلة بينهما) أقول اذ العين خير من الدين

فبازالة العين عن ملكهما بأخذ الضمان لا تنتفى المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفى المماثلة كما ذكرنا والجواب أن الملك وان ثبت للمقضى له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال فى يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيأ مالم يخرج المال من يده بقضاء القاضى قال (واذا رجع أحدهما ضمن النصف الخ) المعتبر فى باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقى لان وجوب الحق فى الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل فى حق القضاء الا أن الشهود (٨٩) اذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حقوقهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع أحدهما ضمن النصف لانه بقى بشهادة من بقى نصف الحق قيل لا نسلم ذلك فان الباقى فرد لا يصلح لاثبات شئ ابتداء فكذا بقاء وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح فى البقاء للاثبات ما لا يصلح فى الابتداء لذلك كما فى النصاب فان بعضه لا يصلح فى الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح فى البقاء بقدره (واذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه)

قال (فان رجع أحدهما ضمن النصف) والاصل أن المعتبر فى هذا بقاء من بقى لا رجوع من رجع وقد بقى من يبقى بشهادته نصف الحق (وان شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه)

هذا ضمان اتلاف والاتلاف على المدعى عليه انما يتحقق بأخذه منه وهذا اختيار شمس الائمة وفرق شيخ الاسلام بين كون المشهود به عينا فيضمنان قبل قبض المدعى اياها بعد القضاء له بها أو دينا فلا يضمنان حتى يقبضه المدعى وجه الفرق أن ضمانهما ضمان اتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمماثلة فاذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وان أزالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو أزلنا قيمته عن ملكهما بأخذ الضمان منهما لا تنتفى المماثلة أما اذا كان المشهود به دينا فالشاهدان أوجبا عليه دينا بغير حق فلو استوفى الضمان منهما قبل أن يستوفى المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لان المستوفى منهما عين فى مقابلة دين أوجباه وشمس الائمة يوافق فى وجه الدين ويقول فى العين ان الملك وان ثبت فيه للمدعى بمجرد القضاء لكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال الذى فى يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيأ مالم يخرج من يده قال البزازى رحمه الله فى فتاواه والذى عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعى المال أولا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع ان اتصل القضاء بالشهادة * (فروع) شهدا أنه أجله الى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة ولو شهدا أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا ولو شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا أنه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشترى الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشترى بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل (قوله والاصل أن المعتبر فى هذا بقاء من بقى لا رجوع من رجع) وهذا لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف له فاذا بقى بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال بقى المال ثابتا فلم يتحقق بالرجوع اتلاف شئ ومن المحال أن يضمن مع عدم اتلاف شئ وأما ما أورد من أنه ينبغى اذا رجع واحد من الاثنين أن لا يبقى شئ من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شئ أصلا فيقتضى أن يضمن الواحد الراجع كل المال وهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شئ بشهادة الواحد انما هو فى الابتداء ولا يلزم فى حال البقاء ما يلزم فى الابتداء وحينئذ فبعد ما ثبت ابتداء شئ بشهادة اثنين نسب الى كل منهما فى حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقى على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اذا عرف هذا فاذا رجع أحد الاثنين لزمه ضمان النصف لانه أتلفه برجوعه (وان شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لانه بقى الحق من غير اتلاف

(قوله فبازالة العين عن ملكهما الخ) أقول الضمير فى قوله ملكهما فى موضعين راجع الى الشاهدين فى قوله فالشاهدان بشهادتهما أزالاه الخ (قوله لان وجوب الحق الخ) أقول لا يخفى عليك قصور هذا الدليل عن اثبات المدعى لاختصاصه بما بقى بعد رجوع من رجع نصاب الشهادة والاولى أن يبين بوجه يعم الصور كلها ثم يفرع عليه المسائل (قوله وعلى هذا اذا شهد الخ) أقول ينبغى أن يكون تفريعا على الاصل الذى ذكره المصنف لا على ما أقامه من الدليل لظهور عدم تفرعه عليه فليتأمل (قوله فكذا بقاء) أقول فينبغى أن يضمن الراجع كل الحق لا نصفه

لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعى للمشهود به باق بالحجة) التامة واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما اذا أتلف
انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء
القاضي على المتلف فلأن يمنعه بطريق الاولى لان الدفع أسهل من الرفع (فان رجع الآخر ضمن الراجعان نصف الحق) قيل
يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الاول أصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع
الثاني فهو الذي أتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه وأجيب بأن الضمان على الاول ثابت بطريق التبين أو الانقلاب
وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين أن الاتلاف
من الابتداء كان بشهادتهما أولان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف
ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضى (وان شهد رجل
وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق) لان نصف الحق باق لشهادة
الرجل (واذا شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت
أخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع

لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان
فأولى أن يمنع (فان رجع الآخر ضمن الراجعان نصف المال) لان ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق
(وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق) لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي (وان
رجعتا ضمنتا نصف الحق) لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق (وان شهد رجل وعشر نسوة ثم
رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق (فان رجعت أخرى كان
عليهن ربع الحق) لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع

شيء منه ببقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة (والمتلف متى استحق سقط الضمان) كما اذا أتلف
مال زيد فقضى بضمانه عليه فظهر أن مستحقه عمرو فانه يأخذه ويسقط الضمان لزيد (فأولى أن يمنع)
الضمان وما نحن فيه من هذا فان بالرجوع أتلف على المشهود له حصته التي أثبتها له بشهادته له
وصارت مستحقة للمشهود عليه وببقاء من يبقى كل الحق به ظهر استحقاق المشهود له لتلك الحصة دون
المشهود عليه فيدفع الضمان للمشهود عليه (فان رجع آخر) من الثلاثة (ضمن الراجعان نصف
المال لان ببقاء الثالث يبقى نصف المال) فلو قال الراجع الاول كيف أضمن برجوع الثاني ما لم يلزمني
ضمانه برجوع نفسي وقت رجوعي لا يقبل هذا كما لا يقبل قول أحدهم لو رجع الثلاثة لا يلزمني
شيء لان غيري يثبت به كل الحق فرجوع غيري موجب عليه لا علي وحقيقة الوجه ان تلف النصف
وان كان مما يستقل به رجوع واحد اذا فرض تحققه مع رجوع جماعة تحاصصوا الضمان لانه ليس
أحدهما أولى به من الآخر (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت احداهما ضمنت ربع المال لبقاء
ثلاثة أرباعه ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصفه لان بشهادة الرجل يبقى نصف الحق وان شهد
رجل وعشر نسوة ثم رجع) منهن (ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان
رجعت أخرى ضمن) التسع (ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل) الباقي (والربع بشهادة الباقية)

(قوله اذا أتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له) أقول الضمير في قوله له راجع الى زيد (قوله سقط الضمان الخ) أقول مع أن الاتلاف ليس بظاهر فيما نحن فيه لبقاء استحقاق المدعى عليه بحجة بل انما هو بحسب زعم الراجع فقط (قوله فلأن يمنعه الخ) أقول الضمير في قوله يمنعه راجع الى الضمان في قوله واستحقاق المتلف يسقط الضمان الخ (قوله ثم اذا رجع الاول الخ) أقول الاظهر
أن يقال اذا رجع الاول لم يظهر الاتلاف فضلا عن اتلافه لبقاء استحقاق المدعى به بالحجة التامة (وان
فاذا رجع الثاني أيضا تبين سببه الاول في الاتلاف أيضا لعدم الاولوية فليتأمل ثم ما ذكره هنا لا يخلو عن نوع مخالفة لما أسلفه آنفا
من انه اذا رجع واحد من الثلاثة زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى والجواب ان ذلك فيما اذا استمر الاثنان على
شهادتهما وهنا ليس كذلك (قوله ثابت بطريق التبيين) أقول التبيين انما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم
بثبوته والا فلا كذا في هذا الكتاب قبيل باب الشهادة على الزنا (قوله واحتمل كذب غيره الخ) أقول احتمالا أكثر من الاحتمال
الثابت قبله لكن فائدة هذا الكلام غير ظاهرة (قوله كان بشهادتهما) أقول لاستواء حالهم (قوله فعند رجوع الاول
وجد الاتلاف) أقول أي علم وجوده بل علم قصده الاتلاف كما لا يخفى وفيه بحث ويمكن أن يقال لعل المراد وجد الاتلاف
الزعمي ثم المرء مؤاخذ بزعمه واقراره فكان ينبغي أن يضمن ولكن المانع وهو بقاء الخ هكذا ينبغي أن يفهم الكلام والعلم عند
الخبير العلام (قوله واذا رجع الثاني ارتفع المانع) أقول كنزع الخف في المسح ومضي المدة في المستحاضة

وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لاتقبل شهادتهن الامع رجل واحد) فيتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع (ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد) بالنص (قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كانتا كرجل صار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا) وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر وانما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب أنه أطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء أو مكرر فكان الاطلاق ككلمة كل (وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا) ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق (وان شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لان المرأة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيأ قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الخ) وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ماعرف ولامماثلة بين العين والمنفعة

(وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف) لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لاتقبل شهادتهن الا بانضمام رجل واحد ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا (وان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها) لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ماعرف

(وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لاتقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين منهن شهادة رجل) روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال يامعشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فاني رأيتكن أكثر أهل النار فقالت امرأة منهن يارسول الله مالنا أكثر أهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير مارأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكن قالت يارسول الله ومانقصان العقل والدين فقال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل وتمكث الليالي لاتصلي وتفطر في رمضان فهذا نقصان الدين (فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج فعندهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احداهن أولى بضمان النصف من الآخرين (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد) لان المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شيء فكان القضاء ليس الا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيأ ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبقى بشهادته نصف المال أعني المرأتين ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن النصف أثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء هنا بشهادة الكل من الرجال والنساء على الشيوع ثم يقام كل امرأتين مقام رجل فثلاث نسوة مقام رجل ونصف فان رجعوا

(قوله الامع رجل فيتعين الخ) أقول يعني ويتعين رجل للقيام (قوله قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن) أقول لفظ في في قوله عليه السلام في نقصان للسببية (قوله ان لو قال عدلت شهادة الخ) أقول فلما لم يقل ذلك احتمل أن يكون العدد لبيان أدنى مرتبة ما يكون فيه النساء كالرجال فاذا زدن عليه كان حكمهن حكم العدد المذكور كما في عدد أيام أدنى مدة السفر والحيض (قوله فالرجل يبقى ببقائه) أقول الضمير في قوله ببقائه راجع الى الرجل (قوله لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص) أقول قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم

(قوله وانما تتقوم) جواب عما يقال لولم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لان الخارج هو عين الداخل فى الملك فمن ضرورة التقوم فى احدى الحالتين تقومها فى الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق و وجه ذلك أنها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود فى حالة الازالة ألا ترى أنه

وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل (وكذا اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها) لانه اتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول فى الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض

جميعا فعندهما أنصافا وعنده أخماسا على النسوة ثلاثة أخماس وعلى الرجل خمسان (قوله وان شهدا الى آخره) اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها أو ادعاه باقل بان ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيأ فى الصورتين كما ذكره المصنف وذكر فى المنظومة فى صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلها عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف قال فى باب أبى يوسف لو أثبتوا نكاحها أو كسوا ان رجعوا لم يضمنوا ما بخسوا ثم بينه فى شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين فى قدر المهر فان عند أبى حنيفة ومحمد القول قولها الى مهر مثلها فكان يقضى لها بألف لولا هذه الشهادة فقد أتلفا عليها تسعمائة وعند أبى يوسف القول للزوج فلم يتلفا لى قوله عليها شيأ وتبعه صاحب المجمع وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف فى المذهب وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافا ولا رواية وهو المذكور فى الاصول كالمبسوط وشرح الطحاوى والذخيرة وغيرهم وانما نقلوا فيها خلاف الشافعى فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت فى المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية و يشتغلوا بنقل خلاف الشافعى وذكروا وجهه بأن البضع متقوم لثبوت تقومه حال الدخول فكذا فى غيره لانه فى حال الخروج عين ذلك الذى ثبت تقومه وأجابوا بحاصل توجيه المصنف بأن تقومه حال الدخول ليس الا لاظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب فى الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوما فى نفسه كالاعيان المالية لانه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن لان التضمين يستدعى المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الاعيان التى تحرز وتتمول والاعراض التى تتصرم ولا تبقى وفرع فى النهاية على الاصل المذكور خلافية أخرى هى ما اذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا اذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيأ وكذا اذا ارتدت المرأة لا شئ عليها لزوجها وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل وأورد على قولنا نقضا أنهم أوجبوا الضمان باتلاف منافع البضع حقيقة فيما اذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب فى ماله مهر المثل فكذا يجب فى الاتلاف الحكمى وأجاب نقلا عن الذخيرة بأنه فى الاتلاف الحقيقى بالشرع على خلاف القياس والحكمى دونه فلا يكون الوارد فيه واردا فى الحكمى ونظيره ما فى شرح الطحاوى لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهرا بعشرة وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لانهما أتلفا المنفعة ومتلف المنفعة لا ضمان عليه (قوله وكذا لا ضمان عليهما اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمهر مثلها) بان ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح على كل حال بعدما قضى به ولا يضمنان ما أتلفا عليه من مهر المثل لانهما عوضاه ملك البضع وهو متقوم حين ورود العقد عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما

مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولى وموضعه أصول الفقه وقد ذكرنا ذلك فى التقرير مستوفى بعون الله وتأييده وكذلك ان شهدا على زوج بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا أن البضع متقوم حال الدخول فى الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كالو شهدا بشراء شئ بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان (قوله وهذا لان مبنى الضمان) معناه أن الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس فى معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة

(قوله ووجه ذلك الخ) أقول ناظر الى ما تقدم بسطرين وهو قوله جواب عما يقال الخ (قوله ابانة لخطر المحل) أقول حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملك المرء مجانا لا يعظم خطره عنده ثم لا يخفى عليك أن ذلك ليس بموجود فى الاتلاف فلا جل هذا كان متقوما على المالك دون المتلف (قوله لانه محل خطير) أقول يعنى من النفوس

كان

(قوله معناه أن الاتلاف بغير عوض الخ) أقول أنت خبير بأن ما أفاده الشارح بينه وبين المشروح ما بين الضب والنون من المناسبة فان معنى كلامه أنا لو ضمنا الشاهدين فى الصورة المذكورة كان اتلافا لمالهما بغير عوض وهما أتلفا مال الزوج بعوض هو البضع فتفوت المماثلة التى هى مبنى الضمان فليتأمل فانه لو كان المراد ما ذكره لقال المصنف لان مبنى الالحاق المماثلة

(وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما أتلفاها من غير عوض) وهو يوجب الضمان قال (وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة الخ) شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته أو أكثر لم يضمنا شيأ لما مر أن الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان قيمته ألفين ضمنا للبائع ألفا لانهما أتلفا هذا الجزء الذى هو فى مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضى بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لاتلافهما الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع فى المدة فحيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه مضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشترى بزوائده والبائع لما كان منكرا لاصل البيع لم يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يحترز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلو أوجبا البيع فى المدة لم يضمنا شيأ لانه أزال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف •

(وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) لانهما أتلفاها من غير عوض قال (وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا) لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض (وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان) لانهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم

كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت فى حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذى يحكم به على الشاهدين (وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) على مهر المثل (لانهما أتلفاها بلا عوض) وهى من الاعيان التى تقع المماثلة بالتضمين فيها (قوله وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة أو أكثر) بان ادعى ذلك مدع فشهدا له به (ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان) شهدا به (باقل من القيمة) ثم رجعا (ضمنا نقصان القيمة لانهما أتلفا هذا القدر) عليه (بلا عوض) هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما أن ينظماهما فى شهادة واحدة بان شهدا انه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن أو فى شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشترى أوفاه الثمن ففى الاول يقضى عليهما بقيمة البيع لا بالثمن وفى الثانى يقضى عليهما بالثمن للبائع ووجه الفرق أن فى الاول المقضى به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهد اثنان على رجل انه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبيع لانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما ثم قال المصنف (ولا فرق بين كون البيع باتا أو فيه خيار البائع لان السبب) يعنى البيع (هو السابق) حتى استحق المشترى المبيع بزوائده وقد أزالاه بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه (فانضاف التلف الى الشهود) وهذا جواب عن سؤال ذكره فى المبسوط حاصله ينبغى أن لا ضمان عليهما لانهما انما أثبتا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت المدة كان مختارا فى ازالة ملكه عنه الى غيره

(قوله ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما أتلفاها) أقول الضمير فى قوله اتلفاها راجع الى الزيادة (قوله أو فيه خيار البائع بان شهدا الخ) أقول قوله بأن شهدا ناظر الى قوله أو فيه خيار البائع فتأمل قال المصنف (وان كان باقل من القيمة ضمنا الخ) أقول قال ابن الهمام هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما ان ينظماهما فى شهادة واحدة بان يشهدا انه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن أو فى شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشترى أوفاه الثمن ففى الاول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفى الثانى يقضى عليهما بالثمن للبائع ووجه الفرق أن فى الاول المقضى به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهد اثنان على رجل انه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة فلا يقضى بالبيع لانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما انتهى فيه نظر (قوله اذ العاقل يحترز عن الانتساب الى الكذب) أقول فيه أن حكم القاضى ينفذ ظاهرا وباطنا فى أمثاله عند أبى حنيفة فلو فسخ البيع فى المدة لم ينسب الى الكذب أصلا عنده بل عند الامامين أيضا اذ يجعل الفسخ مبنيا على حكم القاضى بالبيع والخيار فليتأمل (قوله فلو أوجب البيع فى المدة) أقول أى فى مدة الخيار

(وان شهدا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) بالارتداد أو مطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به ألا ترى أن المحرم اذا أخذ صيدا فذبحه شخص فى يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه أكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع وانما قال فى معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه أشبه الفسخ

(قوله لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) أقول يعنى أكدا المهر الذى كان على شرف السقوط قال الزيلعى وينقض هذا بمسئلتين ذكرهما فى التحرير احداهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجلة فشهد الشهود أنها حالة فأخذت الالف منه فارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف السقوط لانه لو كان مؤجلا على حاله يسقط بارتدادها والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التأكيد منه اذ لو لا قتله كان احتمال السقوط ثابتا ولكن نقول القتل منه للنكاح والشئ بانتهائه يتقرر والدين المؤجل ثابت فى الحال وانما تأخرت المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولو لم يؤكدا بشهادتهما شيأ اذ تحصيل الحاصل محال أو يقال لا نسلم بان دينها يسقط بل يكون لورثتها وتقضى بها ديونها فلا يسقط فبطل الانتقاض من الاصل انتهى قوله ولكن نقول القتل منه للنكاح الخ محل بحث

(وان شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لانهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر فى النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما

فلا يجب الضمان والجواب أن سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الامر أنه سكت الى أن مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه لجواز كونه لتحرزه عن أن يضاف اليه الكذب لانه قد أنكر العقد فاذا فسخ كان معترفا بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يحترز عن مثله وكذا لو شهدا بالعقد على أن فيه خيار المشترى ومضت المدة ولم يفسخ وفى قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذى شهدا به ضمناه ولو أن المشهود عليه بالشراء أجازه فى المدة سقط الضمان عنهما لانه أتلف ماله باختياره كما لو أجازه البائع فى شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة حيث يسقط أيضا (قوله وان شهدا أنه طلق امرأته قبل الدخول فقضى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر) هذا اذا كان فى العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك (لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) وعلى المؤكد ما على الموجب أما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله تعالى أو طاوعت ابن زوجها يسقط المهر أصلا وأما أن على المؤكد ما على الموجب فبمسألتين هما ما اذا أخذ محرم صيد الحرم فقتله فى يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ورجع به على القاتل لانه أكد ما كان بحيث يسقط بان يتوب فيطلقه وما اذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر ورجع به على المكره وكذلك بارتدادها ونحوه (ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فتوجب سقوط كل المهر كما مر فى النكاح) أى من باب المهر من أن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما فلا يجب بمقابلته شئ (ثم يجب نصف المهر ابتداء) فقد أوجبا بشهادتهما عليه مالا فيجب ضمانه عليهما وانما قال فى معنى الفسخ ولم يقل فسخ لانه ليس حقيقة الفسخ والا لم ينتقص من عدد الطلاق شئ وانما هو فى معناه بسبب عود المعقود عليه اليها سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور فى القدورى والبداية وحكمه أن لا يجب ضمان لان البضع لا تقوم له حال الخروج وما دفع من المهر قد اعتاض عنه منافع البضع فلم يتلفا عليه مالا بلا عوض وفى التحفة لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلاف بعوض وهو منافع البضع التى استوفاها ثم المعروف أن الشاهدين لا يضمنان سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم أن ذلك قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر الى تمامه لانهما برجوعهما زعما أن الزوج لم يطلقها وانما وقع بالقضاء به فعند أبى حنيفة رحمه الله وقوعه بالقضاء كايقاع الزوج وبايقاع الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد رحمه الله القضاء به ليس ايقاعا منه فيبقى حقها ثابتا فى كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد أتلفاه انتهى والوجه عدمه لان القضاء بالوقوع انما هو عنه تكذيبا له فى انكاره الطلاق على أن نقل هذا الخلاف

(وان شهدا أنه أعتق عبده) فقضى بذلك (ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير بدل) وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لأنه تابع له قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لأنه ينكر العتق وأجيب بأنه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان وأجيب بأنه لا يصلح عوضا لأنه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وأنه لا يختلف

قال (وان شهدا أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء (وان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فأشبه المكره بل أولى لأن الولي يعان والمكره يمنع

الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة فلا يعول عليه (قوله وان شهدا أنه أعتق عبده) فقضى بالعتق (ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا عليه) ماليته متقوما (بلا عوض) فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لأنه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار (والولاء للمولى لأن العتق من جهته) وهو وان كان منكر العتق صار مكذبا شرعا واعتاقا لا يتحول للشاهدين بضمانهما لأن العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا نافيا للضمان لأنه ليس بمال بل هو كالنسب سبب يورث به ولو كانا شهدا بتدبير العبد وقضى به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير وان مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا لورثته ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا يحول بين المولى وبين مدبره بل ينقص ماليته ثم اذا ضمنا تبعا المكاتب على نجومه لأنهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي اليهما الجميع كما كان كذلك مع المولى وولاؤه للذي شهدا عليه بالكتابة وان عجز فرد في الرق كان للمولى لأن رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ورد المولى ما أخذ منهما لزوال حيلولتهما برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته بعد اباقه ثم رجع يكون مردودا على المولى ورد المولى على الغاصب ما أخذه منه ولو كانا شهدا على اقراره بأن هذه الأمة ولدت منه فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بأن تقوم أمة وأم ولد لو جاز بيعها مع الأمومة فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها أمة للورثة وان هما ضمنا في شهادتهما على اقراره في ابن في يده أنه منه بأن شهدا أنه أقر أنه ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد فان قبضهما ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين مما ورث مثل ما كان الميت أخذه منهما من قيمته وقيمة أمه لأنه يقول الميت أخذه بغير حق وانه دين في تركته لهما والذي عندي أنه ينبغي أن يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لأنهما أتلفاه عليهم بشهادتهما (قوله واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما) وهو مذهب مالك خلافا لأشهب والدية على عاقلة الشهود ومذهب أحمد أنهما ان قالا أخطأنا ضمنا الدية في مالهما وان قالا تعمدنا اقتص منهما (وقال الشافعي رحمه الله يقتص لوجود القتل) منهما (تسبيبا فأشبه) الشاهد (المكره) فانه تسبب بشهادته في قتل الولي كما أن المكره تسبب باكراهه في قتل المكره فيقتل كما يقتل المكره (بل هو أولى منه لأن ولي القصاص) بعد الشهادة (يعان) على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد (والمكره) لا يعان على القتل باكراهه بل (يمنع) وينكر عليه لعلم بأنه محظور عليه

بذلك قال (واذا شهدا بقصاص ثم رجعا الخ) اذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما (ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فأشبه المكره) أي فأشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل أو فأشبه القاضي المكره لأنه كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم ير الوجوب كفر ان كان اسم مفعول وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشئ لأنه ليس بملجأ الى القتل وقوله (بل أولى) أي التسبيب ههنا أولى من الاكراه لأن التسبيب موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا أكثر لأن المكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا أكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد أولى

(قال المصنف لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض) أقول والولاء لا يصلح عوضا لأنه ليس بمال متقوم بل هو كالنسب بالحديث المشهور (قال المصنف واذا شهدا الى قوله ضمنا الدية) أقول قال ابن الهمام والدية على عاقلة الشهود انتهى وفيه بحث لأن العاقلة لا تعقل اعترافا (قوله وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشئ لأنه ليس بملجأ الى القتل الخ) أقول نعم الا أنه كالملجأ من حيث ظهور ايثاره القصاص بالطبع تشفيا على ما سيعرف به ومن تأمل كلام المصنف أعني قوله لأن الولي يعان لا يتردد في أظهرية ارادة الولي من المكره على تقدير كونه اسم مفعول ثم اعلم ان صاحب القيل السغناقي والكاكي

(ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد) وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه أحد وليس له تعلق بما نحن فيه الا أن يكون ايماء الى أن المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشئ هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حياته ظاهرا ولقائل أن يقول ظهور ايثار حياته اما أن يكون شرعا أو طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرا ولهذا تنزل فقال (ولان الفعل الاختياري) يعني سلمنا ان ثمة تسبيبا ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فقطع نسبته الى الشهود وسلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا أقل أن يورث شبهة يندرئ بها القصاص فان قيل لو أورث شبهة لا تدفع الدية أيضا لانه بدل القصاص

ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان التسبيب ما يفضي اليه غالبا وههنا لا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص

(ولنا أن القتل) من الشاهد (لم يوجد) تسبيبا (لان التسبيب ما يفضي اليه) أي الى ما تسبب فيه (غالبا) والشهادة لا تفضي الى قتل الولي على وجه الغلبة وان أفضت الى القضاء به بل كثيرا ما يقع ثم تقف الناس في الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضها فلم تفض غالبا اليه بل قد وقد فمن الناس من يغلب عليه طلب التشفي ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى أنه جمع بين ما هو الاحب للشارع وحصول مال ينتفع به فهو جمع بين دنيا وأخرى ولا شك أن هذا بالنظر الى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا انتفى التسبيب من الشاهد حقيقة انتفى قتله (بخلاف المكره) يعني بخلاف الولي المكره (لان) الغالب أن (الانسان يؤثر حياته) على حياة غيره فكان المكره باكراهه مسببا حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الايثار الطبيعي ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو اثبات ما يفضي غالبا الى الفعل ووجه آخر وهو (أن الفعل الاختياري) ذي الاختيار الصحيح أعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة (مما يقطع نسبة الفعل) الى الشاهد كما عرف فيمن فك انسان قيده فأبق باختياره وأمثاله كمن دفع انسانا في بئر حفرها غيره تعديا فانه بدفعه الاختياري انقطعت نسبة التلف الى الحافر فلا وجود للمسبب مع المباشر مختارا بخلاف المكره فانه وان اعترض فعله الاختياري عن الاكراه لكن اختياره اختيار فاسد للاكراه عليه فكان كلا اختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا اجازة بيعه ولا اجارته ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كآلة للمكره فقتل بها ذلك القتيل على انه لو لم يقطع الاختيار

(قال المصنف ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا) أقول أي تسبيبا يوجب القصاص اذ الكلام فيه لا مطلق التسبيب فانه مما لا مجال لانكاره قال الامام السغناقي ذكر في الاسرار ومن مشايخنا من قال في تعليل المسئلة بان الشهود مسببون الا انه ضعيف لان المذهب عنده ان المسبب والمباشر واحد ألا يرى انه يلزمه الكفارة الا أن حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير لان الحفر لا يعد للقتل وضعا كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين فاما الشهادة فطريق مسلوك لأخذ ما ثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل وفي الكافي في قوله في الهداية ولنا أن القتل الى قوله يؤثر حياته ظاهرا مشكل لان الامر على القلب فالظاهر أن الولي يقدم على القتل لكونه مباحا له وبه يدرك ثأره والظاهر أن المكره لا يقدم لانه لا يباح له قتله ويحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الغوث انتهى قال المصنف (لان السبب) أقول الالف واللام بدل من المضاف اليه والضمير في اليه راجع اليه غالبا وهو السبب الملجئ أو ما يجري مجراه قال المصنف (ما يفضي اليه غالبا) أقول منقوض بحافر البئر والجواب أن المراد سبب القتل الذي يوجب القصاص ما يفضي الى القتل غالبا فليتأمل وان شئت التفصيل فراجع الى الكشف شرح البزدوي في مباحث السبب (قوله ولقائل أن يقول الى قوله بالقصاص ظاهرا) أقول بين الظهورين فرق ظاهر فان ايثار الحياة مطبوع عليه الحيوان ألا يرى أن المكره بالقتل يكون كمسلوب الاختيار بخلاف ايثار التشفي فانه ليس بتلك المثابة اذ يمنع عنه كثيرا ايثار العفو ابتغاء الثواب مع أنه مطبوع على حب الثناء في العاجل واظهار السماحة والكرم أيضا وذلك يدعو الى العفو فليتأمل (قوله ولهذا تنزل فقال ولان الفعل الخ) أقول أي ولكون هذا السؤال متوجها تنزل المصنف (قوله يعني سلمنا أن ثمة الخ) أقول اذا كان كلام المصنف منعا يكون اعتراض الشارح خارجا عن الآداب

بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال (واذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم (ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لانهم أنكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لانه خبر محتمل

الاختيار الصحيح النسبة الى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة في ايجاب القصاص عليه والقصاص يندرئ بالشبهات (بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهة) وقوله فأشبه المكره بكسر الراء وقوله والمكره بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه أبي الليث وفي شرح الجامع الكبير للعتابي اذا شهدوا على رجل أنه قتل فلانا خطأ أو عمدا فقضى بذلك وأخذ الولي الدية في الخطا وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة في الخطا ان شاؤا رجعوا على الآخذ لانه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد وان شاؤا ضمنوا الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولي لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين أن الولي أخذ مالهم وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود لان القضاء أورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين أن يضمنوا الولي الدية ولا يرجع هو على أحد وبين أن يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند أبي حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التمليك لانه ليس مالا وعندهما يرجعون بما ضمنوا لان أداء الضمان انعقد سبب الملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مدبرا وغصبه آخر ومات في يده وضمن المالك الاول يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا (قوله واذا رجع شهود الفرع ضمنوا) وهذا بالاتفاق (لان الشهادة) التي (في مجلس القضاء) وهي التي بها القضاء (صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا) ولم يذكر المصنف خلافا وفي شرح القدوري لابي نصر البغدادي قال هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية عن أبي حنيفة انتهى وذكر أبو المعين في شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان بن فلان خطأ فقضى بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود بقتله حيا لا يضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز أن الاصلين أشهداهما غير أن الولي يرد على العاقلة ما أخذ منها ولو حضر الاصلان وقالا لم نشهدهما لم يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصلين أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلانهما لو رجعا بان قالا أشهدناهما باطلا لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما الفرعين كانا في غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء فاذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا ظهر المشهود بقتله حيا فاما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال هنا لا يضمنان يعني قال محمد في انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر ترددا في أنه قاله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف خاصة أو قاله اتفاقا وأما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف في وجهه (لانهم أنكروا) أي شهود الاصل (السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر يحتمل) الصدق والكذب

أجاب بقوله (بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات) فلا يلزم من سقوط ما سقط بالشبهات سقوط ما ثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشرة فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه أصول الفقه وان رجع أحدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فللولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشئ لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول أبي حنيفة خلافا لهما قالا كانا عاملين للولي فيرجعان عليه وقال ضمنا الاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بتسببه على غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقيه أبي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم قال (واذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق) لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما أن يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا أو يقولوا أشهدناهم غالطين أو رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم أنكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولا يبطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب

فصار كالوشهد الاصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثانى فكذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ضمنوا (لهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضى يقضى بما يعاين من الحجة) وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة فى غير مجلس القضاء وهى ليست بحجة حتى تكون سببا للاتلاف (وله أن الفرعين قاما مقام الاصلين فى نقل شهادتهما الى مجلس القاضى) والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا كأنهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا

وفى ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا (ولو رجع الاصول والفروع جميعا) فعندهما (يجب الضمان) على الفروع لاغير لما مر أن القضاء وقع بشهادتهم (وعند محمد المشهود عليه مخير) بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك (لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكر) أبو حنيفة وأبو يوسف (وبشهادة الاصول من الوجه الذى ذكره محمد) والعمل بهما أولى من اهمال أحدهما فان قيل فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف أجاب بقوله (والجهتان متغايرتان) لان شهادة الاصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل فى حكم شهادة واحدة فلم يبق الا أن يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتأخير دليل محمد فى المسئلتين يدل على اختيار المصنف قول محمد (وان

فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء (وان قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم) لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهى شهادتهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كأنهم حضروا (ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لاغير) لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذى ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما فى التضمين (وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل أو غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت الى ذلك) لان ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع

(فصار كرجوع الشاهد) يعنى بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا (بخلاف ما) اذا أنكر والاشهاد (قبل القضاء) لا يقضى بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم (فان قالوا أشهدناهم وغلطنا) أو أشهدناهم ورجعنا (ضمن الاصول) هكذا أطلق القدورى وحكم المصنف بان الضمان قول محمد أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فلا ضمان على الاصول لمحمد أن الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس ووقع القضاء بها كأنهما حضرا بانفسهما وأديا فاذا رجعا ضمنا وغاية الامر أن تكون شهادتهما ليست فى المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار أنها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع ولا حاجة الى اعتبار الفرعين نائبين عن الاصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع فانه لو كان كذلك لما منع الاصلين اياهما عن الاداء بعد التحميل ولا يعمل فلهما بل عليهما أن يؤديا ومنعاهما بعد التحميل ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو كما لو شهدوا بحق آخر انما يقضى به بشهادتهم وهذا لان القاضى انما يقضى بما عاين من الحجة وهو شهادتهما واذا ثبت أن القضاء ليس الا بشهادتهما لم يضمن غيرهما وقد أخر المصنف دليل محمد وعادته أن يكون المرجح عنده ما أخره (قوله ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع) بناء على ما عرف لهما من (أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع) والضمان انما يكون برجوع من قضى بشهادته (وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرا) وهو قولهما ان القضاء بما عاين القاضى من الحجة وانما عاين شهادة الفروع (ومن الوجه الذى ذكر) أى محمد رحمه الله وهو أن الفروع نقلوا شهادة الاصول فالقضاء بالشهادة المنقولة وهى شهادة الاصول وقوله (والجهتان متغايرتان) جواب عما يقال لم لم يجمع بين الجهتين فيضمن كلا من الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايرتان لان شهود الاصل يشهدون على أصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احداهما الشهاد والاخرى أداء الشهادة فى مجلس القضاء ولا مجانسة بين الشهادتين فلا تعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بامر واحد فلهذا لم يجمع بين الفريقين فى التضمين بل أثبت له الخيار فى تضمين أى الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين اذا ضمن

قال شهود الفرع كذب شهود الاصل أو غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت الى قولهم) عما ولا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيأ

(قوله والجهتان متغايرتان) أقول المراد بالجهتين هو ما ذكره المصنف من وجهى محمد والامامين

قال (وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا الخ) اذا شهدوا بالزنا فزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا أو كفارا فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم عما أخبروا من قول الناس انهم أحرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لان المزكين ما أثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما أثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثنى على الشهود كشهود الاحصان وله أن التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التأثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب أضيف اليه الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا قال (واذا شهد شاهدان باليمين الخ) اذا شهدا على رجل أنه قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر أو قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وشهد آخران على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر رحمه الله فانه يقول

قال (وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله أن التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض (واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة)

عما أدى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لان كلا من الفريقين مؤاخذ بفعله فاذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب أن المتلف نقل شهادة الاصول اذ لولا اشهاد الاصول ما تمكن الفروع من النقل ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الاصول والفروع في حق المشهود عليه سبب الضمان أما الفروع فبالنقل وأما الاصول فبتحميلهم الفروع على النقل اذ بتحميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه (قوله وان رجع المزكون عن التزكية) بعد القضاء بالمال (ضمنوا) المال أطلقه القدوري وذكر المصنف وغيره أن ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف اليهم فلا يضمنون (وصاروا كشهود الاحصان) اذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا ولابي حنيفة رحمه الله أن التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض أى عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام المؤثر في الحد رجما كان أو جلدا ليس الا الزنا الا أنه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفار فان ثبت المزكون على أنهم أحرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على الشهود أما الشهود فلانه لم يتبين كذبهم في الشهادة بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفار وأما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبارهم القاضي بذلك شهادة وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين ما أثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا انما أثنوا على الشهود خيرا وأبو حنيفة يقول جعلوا ما ليس بموجب أعني الشهادة موجبا بالتزكية الى آخره يعني ما ذكرنا (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) أى شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار أو بتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقضى بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود اليمين خاصة) واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله أنت طالق وأنت حر فانه العلة في الوقوع وهو الذي سماه المصنف السبب وذلك انما أثبته شهود اليمين بخلاف شهود الدخول لان الدخول لم يوضع شرعا علة لطلاق ولا اعتاق فلم يكن علة واذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما سببان غير أن الدافع مثبت لسبب أقرب من الحفر لان العلة انما هي الثقل فلأن يضمن

(قوله فان ثبتوا على التزكية الخ) أقول سبق هذا البحث في باب الشهادة على الزنا (قوله أو قال ذلك لامرأته الخ) أقول ههنا نوع مسامحة أنه يدل على أن يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت حرة والمراد واضح

الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لامحالة والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لايصار الى الشرط كحافر البئر مع الملقي فان الضمان عليه دون الحافر (قوله ألا ترى) توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد بالدخول (ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه) ومال شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ أنهم يضمنون لان العلة لاتصلح لاضافة الحكم اليها هنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لايضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله أنت حر مباشرة لاتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أولا بخلاف مسئلة الحفر فان العلة هنالك ثقل الماشي وليس

ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط (قوله ومعنى المسئلة) يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الوكالة ﴾

عقب الشهادات بالوكالة لان الانسان لما خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كأنه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر أي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة معتمد ولم يلحقه النكير والسنة وهو ما روى أنه عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة قد أجمعت على جوازها من

لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

﴿ كتاب الوكالة ﴾

مباشر العلة دون مباشر السبب أولى ومن هذا اذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب ولا يلزم على هذا اذا شهدا أنه تزوج فلانة وشهد آخران أنه دخل بها وقضي بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر بالتزوج لان شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهما من أن تكون اتلافا ثم مقتضى ما في وجه انفراد شهود اليمين بالضمان أن يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بتسببهم باثباتهم ما يثبت السبب عنده بخلاف ما اذا رجع معهم شهود اليمين وحكى المصنف فيه اختلاف المشايخ قال العتابي قال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق لان له أثرا في وجود العلة عنده فيكون سببا للضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه أثر في منع وجود العلة لان الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب اتيانه فلا يلحق بالعلة وجعل شمس الائمة هذا عن بعض مشايخنا المعنى ما ذكرنا من كلام العتابي ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لايضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله أنت حر مباشرة الاتلاف وعند وجود الشرط يضاف اليه لا الى الشرط سواء كان تعديا أولا بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هنالك ثقل الماشي وذلك ليس من مباشرة الاتلاف في شيء فلهذا يجعل الاتلاف مضافا للشرط وهو ازالة المسكة ثم لايخفى عليك أن صورة رجوع شهود الشرط وحدهم اذا أقر بالتعليق فشهدا بوجود الشرط وأما لو شهد اثنان عليه بالتعليق وآخران بوجود الشرط ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغي أن يختلف في عدم الضمان عليهم والله أعلم

﴿ كتاب الوكالة ﴾

أعقب الشهادة بالوكالة لان كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره من الموكل والمدعي

(قوله كحافر البئر مع الملقي فان الضمان الخ) أقول لانه سبب قريب والعلة الثقل فاذا ضمن مثبت السبب القريب فيما اذا اجتمع السببان لقربه فلان يضمن مباشر العلة دونه مباشر السبب أولى (قوله وان لم يشهد بالدخول) أقول فيه تأمل

﴿ كتاب الوكالة ﴾

(قوله والشهادات من التعاضد الخ) أقول ولان الشهادة من التعاضد المأمور به دون الوكالة فانها كما سيجيء آنفا عقد جائز فاستحقت التأخير (قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا) أقول كما اذا كان وكيلا بالبيع أو الشراء مثلا (قوله وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم الآية) أقول فان قيل لم لا يجوز أن يكون رسالة قلنا الرسالة تبليغ الكلام الى الغير بلا دخل له في التصرف والمبعوث الى المدينة كان مأمورا بشراء الطعام

معتمد عليه كل منهما والوكالة لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو تفويض أمرك الى من وكلته اعتمادا عليه فيه ترفها منك أو عجزا عنه والوكالة أبدا اما للعجز أو للترفه وكل منهما للضعف ولذا كان معنى الوكل من فيه ضعف وفسر قول لبيد

وكأنى ملجم سوذانقا * أجدليا كرّه غير وكل

والسوذانق والسوذق والسوذنيق الشاهين والاجدل الصقر نسب فرسه اليه ووكله جعله وكيلا أى مفوضا اليه الامر ومنه وكل أمره الى فلان ومن هذا قول الحطيئة

فلأيا قصرت الطرف عنهم بجرة * أمون اذا وا كلتها لا تواكل

يعنى اذا فوضت أمرها اليها لا توكل نفسها الى أن أحثها على السير بل تستمر على جدها فى السير ولا تضعف فيه او توكل قبل الوكالة واتكلت عليه اعتمدت وأصله اوتكلت قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم أبدلت تاء فادغمت فى تاء الافتعال وأما الوكيل فهو القائم بما فوض اليه من الامور وهو فعيل بمعنى مفعول أى موكول اليه الامر فاذا كان قويا على الامر قادرا عليه نصوحا تم أمر الموكل فاذا رضى سبحانه وتعالى أن يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم فكيف اذا أوجبه عليك لتحقق مصلحتك فضلا منه قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب لا اله الا هو فاتخذه وكيلا وعلى هذا استمرار احسانه وبره لا اله غيره وأما شرعا فالتوكيل اقامة الانسان غيره مقامه فى تصرف معلوم فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وفى المبسوط قال علماؤنا فيمن قال لآخر وكلتك بمالى أنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط وقال الامام المحبوبى اذا قال لغيره أنت وكيلى فى كل شئ كان وكيلا بالحفظ وأما سببها فدفع الحاجة المتحققة اليها كما سيظهر فى كلام المصنف وأما ركنها فالالفاظ الخاصة التى بها تثبت من قوله وكلتك ببيع هذا أو شرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحا أو دلالة فيما اذا سكت فلم يقبل أو يرد ثم عمل فانه ينفذ ويظهر بالعمل قبوله وروى بشر عن أبى يوسف أنه اذا قال لغيره أحببت أن تبيع عبدى هذا أو قال هويت أو رضيت أو وافقنى أو شئت أو أردت أو وددت ونحو ذلك فهو توكيل ولو قال لا أنهاك عن طلاق زوجتى لا يكون توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذونا وقال الفقيه أبو الليث الجواب فى الوكالة كذلك أما فى الاذن يجب أن يكون مأذونا فى قول علمائنا لان العبد بسكوت المولى يصير مأذونا وهذا فوق السكوت ذكره فى الذخيرة ولا بد من كون المعنى أن قوله لا أنهاك فى حال عدم مباشرة العبد البيع فوق سكوته اذا رآه يبيع وتقدم عن المحبوبى أنت وكيلى فى كل شئ يكون بالحفظ قالوا فلو زاد فقال أنت وكيلى فى كل شئ جائز صنعك أو أمرك فعند محمد يصير وكيلا فى البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك أن ينفق على نفسه من ماله وعند أبى حنيفة فى المعاوضات فقط ولا يلى العتق والتبرع وفى فتاوى بعض المتأخرين عليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك ووقفت أرضك الاصح انه لا يجوز ومثله اذا قال وكلتك فى جميع أمورى ولو قال فوضت أمر مالى اليك يصير وكيلا بالحفظ فقط وكذا فوضت أمرى اليك الصحيح انه مثله وفى المبسوط اذا وكله بكل قليل أو كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتقاض ولا بيع ولا شراء وفوضت لك أمر مستغلاتى وكان أجرها ملك تقاضى الاجرة وقبضها وكذا أمر ديونى ملك التقاضى وأمر دوابى ملك الحفظ والرعى والتعليف وأمر مماليكى ملك الحفظ والنفقة وفوضت اليك أمر امرأتى ملك طلاقها واقتصر على المجلس بخلاف ما لو قال وكلتك والوصاية حالة الحياة وكالة كالوكالة بعد موته وصاية لان المنظور اليه المعانى وكلتك فى كل أمورى وأقمتك مقام نفسى ليس توكيلا عاما فان كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملة لانه مختلفة فالوكالة باطلة ولو قال وكلتك فى جميع الامور التى يجوز التوكيل فيها فهو وكيل عام

لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها الفظ وكلت وأشباهه روى بشر عن أبى يوسف اذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدى هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذاك توكيل وأمر بالبيع وشرطها أن يملك الموكل التصرف ويلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها أنها عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه الخ) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فلان مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة (فيحتاج الى التوكيل وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل بشراء الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة) بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على الضابطة بانها غير مطردة ومنعكسة أما الاول فلان الانسان جازله أن يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له فى ذلك لا يجوز والذمى اذا وكل مسلما فى الخمر لم يجز وجاز أن يعقد الذمى بنفسه فيها وأما الثانى فلأن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبى حنيفة والجواب عن الاول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس بموجود فى التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف فى ملك الغير باطل ورد بانه تقرير للنقض لا دافع وبان التوكيل بالشراء جائز وما ذكرتم موجود فيه والجواب أنه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع فى الاحكام الكلية غير لازم وان محل عقد الوكالة فى الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل

قال (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى أن يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة رضى الله عنهما قال

يتناول البياعات والانكحة وأما شرطها فسيأتى عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام وأما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر كما سيأتى ان شاء الله تعالى ولكون شرعيتها غير لازمة رد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله لانه كلما عزله تجدد وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق امكان عزله ثم اختلفوا فى تحقيق لفظ العزل فقيل أن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لان العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق فى المنجز لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح وقال الفقيه أبو جعفر وظهير الدين يجب أن يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لانه اذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة أخرى من المعلقة وقيل هذا انما يلزم اذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول أبى يوسف ان الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح وأما على قول محمد فانه يجوز فلا وهو المختار وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم الاصلى المقصود بالذات من الفعل الموكل به والا ففى أحكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة فى ذلك وليس يثبت ذلك للموكل (قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به) هذا ضابط لا حد فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمى به لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمى مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوصل به بتوكيل الذمى فصدق الضابط لانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به فى الجملة وانما يرد عليه توكيل الوكيل الذى لم يفوض اليه التصرف مطلقا فانه يملك العقد الذى وكل به ولا يملك التوكيل به فذكروا أن المراد أنه يملكه بمجرد أهليته استبداد الابناء على اذن غيره (قوله صح عن النبى صلى الله عليه وسلم الخ) أما وكالة حكيم فرواية أبى داود بسند فيه مجهول أنه صلى الله عليه

(قوله هذه ضابطة يتبين بها الخ) أقول مخالف لما سيجىء من قوله ان العكس غير لازم وغير مقصود (قوله فقد يتفق) أقول أى العقد (قوله جازله أن يستقرض الخ) أقول والاستقراض من العقود (قوله والتوكيل به باطل) أقول كما سيصرح به فى الهداية قبيل باب الوكالة فى البيع والشراء (قوله وليس بموجود) أقول يعنى شرعا (قوله لأن الدراهم الى قوله فى ملك الغير باطل) أقول منقوض بالتوكيل بالاستعارة والاستيداع وسيجىء ماذكره الشارح فى معرض الجواب (قوله والجواب الخ) أقول يعنى عن الرد (قوله وان محل عقد الوكالة الخ) أقول سيجىء تحقيقه من الشارح فى الدرس الثانى من فصل البيع

عليه وسلم دفع له دينارا ليشترى له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى أضحية
بدينار وجاء بدينار وأضحية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبى صلى الله عليه وسلم به ودعا له
أن يبارك له فى تجارته ورواه الترمذى من حديث حبيب بن أبى ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من
هذا الوجه وحبيب عندى أنه لم يسمع من حكيم الا أن هذا داخل فى الارسال عندنا فيصدق قول
المصنف صح اذا كان حبيب اماما ثقة وأخرج أبو داود عن شبيب بن غرقدة قال حدثنى الحى عن
عروة البارقى قال أعطاه النبى صلى الله عليه وسلم دينارا يشترى أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع
احداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة فى بيعه فكان لو اشترى ترابا لربح فيه وأخرجه أيضا
أبو داود والترمذى وابن ماجه وأحمد عن أبى لبيد واسمه لمازة بن زياد عن عروة فذكره والذى يتحقق
من هذا طن أن هذه القضية وقعت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم أو مع عروة أو مع كل منهما بناء على
أنهما واقعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال وأما أنه وكل عمر بن أبى سلمة بالتزويج فأخرج
النسائى عن ثابت أنه قال حدثنى ابن عمر بن أبى سلمة عن أبيه عن أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم
بعث اليها يخطبها فأرسلت اليه انى امرأة مصبية وانى غيرى وانه ليس أحد من أوليائى شاهدا فقال النبى
صلى الله عليه وسلم أما كونك غيرى فسأدعو الله فتذهب غيرتك وأما كونك مصبية فان الله سيكفيك
صبيانك وأما ان أحدا من أوليائك ليس شاهدا فليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب الا سيرضى
بى فقالت أم سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه اياها ورواه أحمد وابن
راهويه وأبو يعلى وابن حبان فى صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد واسم ابن عمر بن أبى سلمة سعيد
سماه غير حماد ابن سلمة ونظر فيه ابن الجوزى لعلة باطنة وهى أن عمر كان اذ ذاك يعنى حين تزوجها
عليه السلام سنه ثلاث سنين فكيف يقال لمثله زوج واستبعده صاحب التنقيح ابن عبد الهادى قال
وان كان الكلاباذى وغيره قاله فان ابن عبد البر قال انه ولد فى السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة
ويقوى هذا ما أخرجه مسلم عن عمر بن أبى سلمة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم
فقال صلى الله عليه وسلم سل هذه فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك فقال عمر يا رسول الله
قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله انى لأتقاكم لله وأخشاكم
له وظاهر هذا أنه كان كبيرا ثم لا يخفى أن ظاهر اللفظ يقتضى أنه كان وكيلا عن أمه لانها هى القائلة
له قم يا عمر فزوج لا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يفيد ذلك حديث أخرجه البيهقى من طريق
الواقدى أنه صلى الله عليه وسلم خطب أم سلمة الى ابنها عمر بن أبى سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه
وسلم وهو يومئذ غلام صغير الا أنهم يضعفون الواقدى خلافا لنا وفيه دليل على وكالة الصبى العاقل خلافا
لهم ان نظرنا الى حديث الواقدى فظاهر والى الحديث الصحيح فلانه لم يزوجها بحكم الولاية على أمه لان
الصبى لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة وقد قيل ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه هو المقول له
زوج والمزوج هو سلمة بن أبى سلمة ومما يدل على شرعية الوكالة ما أخرجه أبو داود عن ابن اسحق
فى كتاب الوصايا حدثنى وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه سمعه يقول أردت الخروج الى خيبر
فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت انى أريد الخروج الى خيبر فقال اذا أتيت وكيلى
فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته وابن اسحق عندنا من الثقات وأما
على توكيل على رضى الله تعالى عنه عقيلا فأخرجه البيهقى عن عبد الله بن جعفر قال كان على يكره
الخصومة فكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبى طالب فلما كبر عقيل وكلنى وأخرج أيضا
عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول المصنف رحمه الله ان

وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمي جازله توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز قال (ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الخ) الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفائها واستيفائها أما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضي الله عنه وكل عقيلا في الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعد ما أسن عقيل وقره فوكل عبد الله بن جعفر وأما بايفائها واستيفائها فلانه جاز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفائها في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفي بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وقوله (وشبهة العفو) دليل على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها وتقريره القصاص يندرئ بالشبهات وهي موجودة لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي يقول هو خالص حق العبد فيستوفي بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفي الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لاسيما

(ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعد ما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه (وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس) لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا

الانسان قد يعجز الى اخره بيان حكمة شرعية الوكالة (قوله ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة الى ذلك فانه ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات التي بها يثبت حقه أو يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر وكذا يجوز التوكيل بايفاء الحقوق واستيفائها الا في الحدود والقصاص في النفس وما دون النفس فان الوكالة لا تصح بايفائها ولا باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط فالنفي مطلق اذ الايفاء ليس الا بتسليم ظهره أو نفسه لاقامة الواجب وليس ذلك الامر الا من الجاني وليس هو الوكيل فكان ذلك قيدا في الاستيفاء وانما لا يجوز الاستيفاء

(قوله وفي الاستقراض) أقول فيه تأمل (قوله لا يقال الى قوله لان ذلك الخ) أقول قوله لان ذلك جواب لقوله لا يقال الخ والضمير حال في قوله فيه راجع الى الاستقراض والضمير في بدلها راجع الى الدراهم في قوله وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة (قوله والذمي جازله توكيل الخ) أقول وهذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أيضا الا أنه لما كان مخالفا لما يجيء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا والحق في الجواب أن يقال لم يقل جاز أن يوكل به كل أحد حتى يرد النقض والذمي يملك أن يوكل غيره وهو ذمي مثله فتأمل ثم أقول بقي فيه بحث آخر اذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ثم ليت شعري ما معنى جوازه (قوله وأجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم الخ) أقول في التنقيح الحكمة المجردة لا تعتبر في كل فرد لخفائها أو عدم انضباطها بل في الجنس فيضاف الحكم الى وصف ظاهر منضبط يدور معها أو يغلب وجودها عنده كالسفر مع المشقة انتهى وأنت خبير بان اضافة الحكم الى الوصف هنا غير واضح فتأمل (قوله ويجوز أن يقال ذكر الخاص الخ) أقول ههنا كلام الا أن يقال قرر للتحقيق كذا قيل وفيه بحث لان التعليل ليس بالنسبة الى أحوال التوكيل بل بالاضافة الى أحوال الانسان (قوله فلانه جاز أن يباشر بنفسه الخ) أقول الاظهر أن يقال فللحاجة أيضا اذ هي المال كما لا يخفى (قوله لان الحدود تندرئ بالشبهات) أقول وكذا القصاص كما مر ويصرح به الآن فلا وجه لتخصيص الدليل الأول بالحدود (قوله لان الحدود لا يعفى عنها) أقول غير منقوض بحد القذف وحد السرقة لان الحق صار لله سبحانه وتعالى وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت اليه ويقطع (قال المصنف ينسد باب الاستيفاء أصلا) أقول فيه شيء لكن المراد الانسداد بالنسبة الى الذي لا يحسنه كما مر جوابه

فى العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة أى شبهة العفو فانه فى حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله وليس كل أحد يحسن الاستيفاء يعنى لقلة هدايته أو لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية (قوله وهذا الذى ذكرناه) يعنى جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة فى جميع الحقوق وايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءهما فبقى اثبات الحدود والقصاص داخلة فى قوله بالخصومة فى سائر الحقوق فقال (هذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد رحمه الله مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا) أما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابى يوسف أن التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما فى الشهادة على الشهادة وكما فى الاستيفاء (ولابى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضى وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما فى الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانها فى الشرط

وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا) ومحمد مع أبى حنيفة وقيل مع أبى يوسف رحمهم الله وقيل هذا الاختلاف فى غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه له أن التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها فى هذا الباب (كما فى الشهادة على الشهادة وكما فى الاستيفاء) ولابى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجرى فيه التوكيل كما فى سائر الحقوق

حال غيبة الموكل لانها أى الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعى قال تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد بالحد والقصاص فانه يستوفى ذلك مع غيبته لان الشبهة فيه ليس الا الرجوع وليس قريبا فى الظاهر ولا ظاهر الامن جهة الاصل ولا الغالب لان الاصل الصدق خصوصا مع العدالة والرجوع ليس غالبا بل من نحو ثمانمائة عام لا يعرف الا ما وقع عند على رضى الله تعالى عنه والله سبحانه أعلم هل ندر عند غيره أم لا وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يصير شبهة يدار باعتبارها حكم (بخلاف) الاستيفاء (حال حضرة الموكل) فان الوكالة به تجوز فان المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا فى القصاص وأما الحدود فان الذى يلى استيفاءها الامام وقد لا يحسن فجاز توكيل الجلاد والا امتنع ثم لا يخفى أن تعليل المصنف النفى حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو انما يستقيم فى القصاص دون الحدود لان العفو فيها لا يتحقق أصلا كما أسلفناه فى الحدود ولو كان حد قذف وسرقة لان الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت اليه ويقطعه فالوجه أن يضم ما يجرى فيه من امكان ظهور شبهة أو غلط فبعد الاستيفاء لا يمكن تداركه فيؤخر الى أن يحضر نفس المستحق احتياطا للدرء (قوله وهذا الذى ذكرناه) أى من جواز التوكيل باثبات الحدود أى من جهة المقذوف والمسروق منه باقامة البينة على السبب (قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف لا تجوز الوكالة باثباتها) وقول محمد مضطرب تارة يضم الى أبى يوسف وتارة الى أبى حنيفة وظاهر كلام المصنف ترجيحه وكذا فعل فى المبسوط (وقيل هذا الخلاف) بين أبى حنيفة وأبى يوسف (عند غيبة الموكل) فلو وكل باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا (لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابى يوسف أن التوكيل انابة وشبهة النيابة يحترز عنها فى هذا الباب) أى باب الحدود والقصاص حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضى الى القاضى ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة (ولابى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) لثبوت الحد (لان وجوبه) انما (يضاف الى) نفس (الجناية) لا الى الخصومة (والظهور) أى ظهور الجناية انما يضاف (الى) نفس (الشهادة) لا الى السعى فى اثباتها فكان السعى فى ذلك حقا (كسائر الحقوق) فيجوز لقيام المقتضى

(قوله عنده حضوره استحسانا) أقول والقياس أن لا يجوز للبدلية (قوله وهذا الذى ذكرناه يعنى جواز التوكيل) أقول لا يخفى عليك أن المشار اليه هو جواز التوكيل فى الحقوق كلها لانه هو المذكور صريحا وهو اللائق لان يجعل كذلك بمنزلة المحسوس المشاهد مع أن ذلك هو مذهب أبى حنيفة وأما عند أبى يوسف لا يجوز التوكيل فى بعض الحقوق وهو ما ذكره المصنف وما فى الشرح تبعا للاتقانى تكلف ظاهر فليتأمل (قوله واستثنى ايفاء الحدود والقصاص) أقول الظاهر من سياق كلام المصنف أن المستثنى هو استيفاؤهما ولا يتوهم جواز التوكيل بايفائهما حتى يحتاج الى الاستثناء (قوله بقى الحدود والقصاص الخ) أقول الاظهر أن يقال بقى الخصومة فى الحدود والقصاص

وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير أن اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به (وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

وانتفاء المانع وقوله سائر الحقوق أي باقيها أي فيجوز الوكالة بهذا الحق كما في سائر الحقوق ولا حاجة الى تفسيره بجميع الحقوق معولا على ما في صحاح الجوهري ثم تخطئته بانه انما هو بمعنى الباقي لا الجميع هذا وقد يمنع انتفاء المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال لاسقاطه فان قيل لو صح هذا لم يجز اثباتها من الموكل نفسه على ماذكرت لانه ساع الى آخره وذلك يخل بالاجماع قلنا الفرق أن الوكالة فيها زيادة تحيل وزيادة تكلف لاثباته اذ الظاهر أنه وكل للاستعانة عليه لضعفه هو عن الاثبات والشرع أطلق في اثباته لا بذلك التكلف الزائد والتهالك فيه بل اذا عجز ترك لانه علة الدرء لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين اتبعوا ماعزا حين هرب لما أذاقته الحجارة هلا تركتموه أو نحو ذلك (قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص) أجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف (و) لا شك أن (كلام أبي حنيفة فيه أظهر) منه بالوكالة باثباتها (لان الشبهة) التي بها منع أبو يوسف هنالك (لا تمنع الدفع) بل تقتضي أن يقول بجواز الوكالة بدفعه ثم لا يجوز للوكيل الاقرار على موكله كما هو قول أبي حنيفة بخلافه هنا عجيب والله تعالى أعلم ثم وجه عدم صحة اقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره أن الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب مطلقا نوعا من المجاز فنعتبر عمومه فيما لا يندرئ بالشبهات ونخص منه الاعتراف فيما يندرئ بهما بالشرع لعام في الدرء بالشبهات وفي اعترافه شبهة عدم الامر به (قوله وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة) من قبل المدعي أو المدعى عليه (الا برضا الخصم) الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا (وقالا يجوز) ذلك (بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله) قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم) قالوا فعلى هذا معنى قولنا لا يجوز التوكيل الخ لا يلزم الا برضا الآخر وأنكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب أن المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك وساق عباراتهم فلم تزد على ما علموه من نحو قول القدوري المساطور هنا وهو لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم وهم قد علموا ذلك ولم يشكوا فيه وانما فسروه بذلك وسبق المصنف شمس الائمة الى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضا الخصم صحيح لكن للخصم أن يطلب الخصم أن يحضر بنفسه ويجيب ونحو هذا كلام كثير مما يفيد أنه المراد مما ذكروه وسبب ذلك أنه لما لم يعرف لاحد القول بانه اذا وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافيا في توجه خصومة الوكيل ولا تسمع حتى يجدد له وكالة أخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا أن المراد بلا يجوز الا برضاه أنها لا تمضي على الآخر وتلزم عليه الا أن يرضى ومعنى هذا ليس الا أن اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التأويل المذكور ومن العبارات التي نقلها ما عن أبي حنيفة لا أقبل وكالة من حاضر صحيح الا أن يرضى خصمه وهي قريبة من التفسير المذكور والحاصل أنه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في

فيه أظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع ألا ترى أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به قال (وقال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم) اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي أو المدعى عليه الا بالمرض أو السفر (وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله) قال المصنف (ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم) ومعناه أنه اذا وكل من غير رضاه وهل يرتد برده أو لا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا كون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجازا قوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وأراد الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلمناه

سماع

(قوله وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز الخ) أقول الظاهر انه حمل الجواز على الامكان العام المقيد بجانب العدم ولزومه للزوم مما لا يقبل المنع

لكن ذلك ليس بمجاز والحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا (لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه) لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي أي بقبض الديون وايفائها ولابي حنيفة رحمه الله أنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشريكين فانها تتوقف على رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لما كان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ (قوله بخلاف المريض) بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك أن الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن التنزل بأن توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت أشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحمل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنع عنه

لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم

سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة كما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة (لهما ان التوكيل بالخصومة) (تصرف في خالص حقه) لان الخصومة حقه الذي لا يصد عنه فاستنابته فيه تصرف في خالص حقه (فلا يتوقف على رضا غيره) وصار (كالتوكيل) بغير ذلك بتقاضي الديون وله أن جواب الخصم مستحق على خصمه ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل أن يثبت له عليه شئ ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما ذكرتم أنه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بغيره (و) لاشك أن (الناس يتفاوتون في الخصومة) كما صرح قوله عليه الصلاة والسلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له فمن قضيت له بحق أخيه فانما هي قطعة من نار ومعلوم أن الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوى الباطلة ليغلب وان لم يكن الحق معه كما أفاده الحديث المذكور وفي هذا ضرر بالآخر فلا يلزم الا بالتزامه وصار (كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشريكين) فانه تصرف في خالص حقه ومع هذا لما كان متضمنا الاضرار بالآخر كان له فسخها ولمن استأجر دابة ليركبها اجارته اياها تصرف في حقه ومملوكه ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالمؤجر اذ كان الناس يختلفون في الركوب بخلاف ما قاسى عليه من التوكيل بتقاضي الدين فانه بحق ثابت معلوم يقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم بجنس حقه وعلى المطلوب أن يقضي ما عليه وللتقاضي حد معلوم اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررها أشد من شدة التقاضي وعدم المساهلة في القبض لتضمنها التحيل على اثبات ما ليس بثابت أو دفع ما هو ثابت فلا يقبل بغير رضاه الا اذا كان معذورا وذلك بسفره فانه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته أو مرضه وتوكيل علي رضي الله عنه وغيره بالخصومة ان لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا يدل لاحد قال شمس الائمة والذي نختاره أن القاضي اذا علم من المدعي التعنت في ابائه التوكيل يقبله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله الا برضا الآخر فيتعادل وقع الضرر من الجانبين ثم ذكر في حد المرض انه لا يستطيع المشي ويقدر على الركوب ولو على انسان لكن يزداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد اختلفوا فيه والصحيح أن له أن يوكل لان نفس الخصومة مظنة زيادة سوء المزاج فلا يلزم به (وكما يلزم التوكيل من المسافر يلزم) من الحاضر

(قوله ليس بمجاز) أقول بل كناية كما صرح به في المفتاح وفيه بحث فانهم صرحوا بأن العمدة في الفرق بين المجاز والكناية هو جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها ولا نعويل على ماذكره السكاكي كيف وقد اعترف هو أيضا بأن ماذكره تكلف ارتكبه للضبط فراجعه (قوله في قوة قولنا التوكيل الخ) أقول فيه نظر فانا لا نسلم أنه في قوة ماذكره فان مدلوله اشتراط صحة التوكيل برضا الخصم لا اشتراط لزومه به والحاصل أن نفي الجواز أخص بناء على أن نقيض الاعم أخص من نقيض الاخص من نفي اللزوم والمقصود بالافادة هنا هو الثاني لا الاول اذ لا خلاف فيه (قوله والا فلا) أقول هذا مناف لغرضه (قوله لانه وكله الخ) أقول أنت خبير بقصور الدليل عن افادة المدعى فانه كان عاما لتوكيل المدعي أيضا (قوله والمستحق للغير) أقول يعني المستحق للمدعي (قوله فكان خالص حقه) أقول الظاهر أن يقال حقهما الا أنه راعى عبارة الدليل فافهم والضمير في قوله حقه راجع الى الموكل

اذا أراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال وهذا شيء استحسنه المتأخرون (قال ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام)

(عند ارادة السفر) غير أن القاضي لا يصدقه في دعواه ارادته فينظر الى زيه وعدة سفره ويسأله مع من يريد أن يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك كما اذا أراد فسخ الاجارة بعذر السفر فانه لا يصدقه اذا لم يصدقه الآجر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا نعم تحقق العذر في فسخها (قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي) وهو الامام الكبير أبو بكر الجصاص أحمد بن علي الرازي (يلزم التوكيل) منها (لانها لو حضرت لم تستطع أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) أو يضيع حقها قال المصنف رحمه الله (وهذا شيء استحسنه المتأخرون) يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل وغيره عن أبي حنيفة لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك وحينئذ فتخصيص الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس الا لفائدة انه المبتدئ بتفريع ذلك وتبعوه ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي أنها التي لا يراها غير المحارم من الرجال أما التي جليت على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا بحق بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز فأما حديث المنصة فقد يكون عادة لعوام تفعله بها والدتها ثم لم يعهد لها بروز ومخالطة في قضاء حوائجها بل يفعله غيرها لها (يلزم توكيلها) لان في الزامها بالجواب تضييع حقها وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على يمينها أو نكولها وفي أدب القاضي للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه مريضا أو مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضي مأذونا بالاستخلاف بعث نائبا يفصل الخصومة هنالك وان لم يكن بعث أمينا وشاهدين يعرفان المرأة والمريض فان بعثهما يشهدان على اقرار كل منهما أو انكاره مع اليمين لينقلاه الى القاضي ولا بد للشهادة من المعرفة فاذا شهدا عليهما قال الامين وكل من يحضر مع خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي باقراره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل ولو توجه يمين على أحدهما عرضه الامين عليه فان أبى الحلف عرضه ثلاثا فاذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته فاذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله قال السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على اثر النكول فأما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول فقال بعضهم الامين يحكم عليهما بالنكول ثم ينقله الشاهدان الى القاضي مع وكيلهما فيمضيه القاضي وقال بعضهم يقول القاضي للمدعي أتريد حكما يحكم بينكما بذلك ثمة فاذا رضي بعث أمينا بالتحكيم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضي بحكمه وحكم فان كان مما لا اختلاف فيه نفذ وان كان مما فيه خلاف توقف على امضاء القاضي والقضاء بالنكول مختلف فيه فاذا أمضاه نفذ على الكل وفي الذخيرة من الاعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله حيض المرأة اذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذه على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضاه أو مطلوبة ان أخرها الطالب الى أن يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضا الطالب ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين ان كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضي يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده وان كان في حبس الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل (قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل يملك التصرف وتلزمه الاحكام) فهذان شرطان للوكالة في الموكل قيل انما يستقيم الاول على قولهما أما على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع

مطلقا وأما المستطيع بظهر الدابة أو الحمال فاذا ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له أن يوكل وهو الصحيح وارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره أو بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة (ولو كان الخصم امرأة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال أبو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال المصنف وهذا شيء استحسنه المتأخرون) وأما في الاصل فانه لا فرق عند أبي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة الا بالعذرين المذكورين وعندهما كذلك في جوازها وقال ابن أبي ليلى تقبل من البكر دون الثيب والرجل قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام)

قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي يملك التصرف الذي وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب بكلمة من جنس التصرف (قوله وتلزمه الاحكام) يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا أصح لان الوكيل اذا أذن له بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزم أن الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط فان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه (قوله لان الوكيل) دليل اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل أن يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه أيضا لجواز ثبوت شئ بامرين على البدل والحاصل أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل

(قوله قال صاحب النهاية ان هذا القيد الخ) أقول في الكافي اعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لان التوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شئ كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا عما يملكه الوكيل فاما أن يكون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال

لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره

خمر وشرائها والمسلم لا يملكه بل الشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به وأجاب بعضهم بان المراد بملكه للتصرف أن تكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بأن يكون بالغا عاقلا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله تعالى على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع وأورد عليه ما اذا قال بع عبدي هذا بعبد أو اشتر لي به عبدا

ببيع الصيد وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر لا يجوز للمسلم في الاصل وان امتنع لعارض النهي انتهى فعلى هذا وجعل اللام للعهد يستقيم الكلام على مذهب أبي حنيفة أيضا فليتأمل (قوله ومنشأ هذا التوهم) أقول سبقه الى هذا الكلام الاتقاني (قوله حتى يكون معناه يملك جنس التصرف الخ) أقول ينبغي أن يراد بجنس التصرف جنس التصرف الذي يتعلق بمحل التوكيل لظهور أن الموكل لا يملكه غيره (قوله احترازا عن الصبي) أقول يعني المحجور (قوله فان الانسب بكلمة من جنس التصرف الخ) أقول لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك لكن ظاهر أن المراد أيضا جنس التصرف المخصوص فلذلك قال فان الانسب الخ ثم ان الانسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى (قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف) أقول أي التصرف الموكل به (قوله وجنس الاحكام) أقول أي جنس أحكام جنس التصرف (قوله فالاول) أقول يعني قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف (قوله لانه لم يلزمه الاحكام) أقول حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن (قوله والثاني) أقول يعني قوله وجنس الاحكام (قوله احتراز عن الصبي الخ) أقول يعني الصبي المحجور ولعل مراده انه يكون للاحتراز عنهما الا يقال الصبي قد يلزمه الاحكام كما اذا باع أو اشترى أبوه له لان المراد جنس أحكام التصرف الذي يباشره بنفسه (قوله وهذا أصح) أقول ويؤيده تخصيص المعطوف عليه باقامة الدليل (قوله وقوله لان الوكيل دليل الخ) أقول صورة القياس الموكل يملك التصرف للوكيل وكل من هذا شأنه يجب أن يكون مالكا للتصرف فقوله لان الوكيل اشارة الى دليل الصغرى وقوله فلا بد الخ الى الكبرى (قوله ما شرطت به) أقول يعني ما شرطت الوكالة به (قوله والجواب أن الوكيل الخ) أقول كيف يقال هذا اذا وكل ذميا ببيع هذا الخمر فانه لا يعقل فيه ما ذكره (قوله يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة الخ) أقول أي يملكه من جهة الموكل على هذا الوجه

بحيث يلزمه أحكام ماباشره الوكيل لاهليته فى كل فرد فرد سواء كان الموكل يملكه أولا لعارض عرض فى بعض ذلك لان مبناها على التوسع ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد أن البيع سالب والشراء جالب و يعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبى الذى لم يعقل والمجنون ويقصده بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل فى العبارة فلا بدوأن يكون من أهل العبارة وهذا يشير الى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط فى صحة التوكيل لكن ذكر فى الكتاب أن ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على أن توكل الصبى العاقل صحيح ومعرفة أن مازاد على ده نيم فى المتاع وده يازده فى الحيوان وده دوازده فى العقار أومايدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه

(و) يشترط أن يكون (الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده) لانه يقوم مقام الموكل فى العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا

صح التوكيل مع أنه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو قال لغيره بعتك عبدى هذا بعبد أو اشتريت هذا منك بعبد لا يجوز أجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة فى الجهالة فانها انما تمنع فى المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لافضائها الى المنازعة لا لذاتها ولذا لم تمنع فى بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر أو شرائه وجهالة الوصف لا تفضى اليها فى التوكيل لانه ليس بأمر لازم بخلاف المباشرة للزومها ثم اذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه أو بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن أو أقل مما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذا فى الوكالة بالبيع ذكره فى الذخيرة ولا يخفى أن قوله فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه ليس على اطلاقه لما عرف من مذهبنا فى شراء أحد العبدين أو الثوبين أو الثلاثة بغير عينه على أن يأخذ أيهما شاء يصح وهى مذكورة فى خيار الشرط من الهداية وأما الشرط الثانى وهو قوله وتلزمه الاحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل يملكه ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك فلا يصح توكيله الا أن يصرح به حقيقة أو معنى كما سنذكر وقيل بل عن الصبى والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيأ لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصحح وأورد على هذا الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف فيملك تمليكه والجواب أن ملكه شرط جواز تمليكه لا علته ليلزم من وجوده الوجود فجاز أن لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة (قوله ويشترط الى آخره) ماتقدم شرط الوكالة فى الموكل وهذا شرطها فى الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده أى يعقل معناه أى مايلزم وجوده من أنه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفى المشترى قلبهما ويقصده لفائدته (١) وقول بعضهم ان هذا الشرط احتراز عن الهزل يعنى أن من شرط الوكالة أن لا يهزل الوكيل فى البيع والشراء أى ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هزل فى بيع ولو كان فى بيع ما وكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبى الذى لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة أحدهما وانما اشترط ذلك فى الوكيل لانه قائم مقام الموكل فى العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارته بها الا اذا كان يعقل ذلك وأما زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغى اشتراطه نعم ان وكله بان يبيعه لا بغبن فاحش فحينئذ ينبغى أن تصح الوكالة ويشترط

(قوله بحيث يلزمه أحكام الخ) أقول فيه بحث لاستلزامه أن لا يصح توكيل الوكيل المأذون له بذلك فقد شرطه فما أسرع مانسى ماقدمت يداه (قوله ويقصده الخ) أقول فيه تأمل والظاهر أن قوله ويقصده عطف تفسيرى على قوله ممن يعقل العقد الخ لا شرط آخر يؤيده أنه لم يستدل عليه بدليل يخصه وأيضا عدم كونه هازلا فى العقد شرط صحة ذلك العقد لا شرط صحة الوكالة (قوله لانه يقوم مقام الموكل الخ) أقول هذا تعليل لقوله ويشترط أن يكون الوكيل الخ (قوله وهذا) أقول يعنى التعليل أشار به الى قوله لانه يقوم الخ (قوله يشير) أقول حيث اكتفى بمجرد كونه من أهل العبارة (قوله ليست بشرط الخ) أقول ولهذا لم يذكرها العلامة النسفى فى الكافى ولم يزد فى تفسير قوله يعقل العقد على ان قال أى يعرف ان الشراء جالب فى للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه (قوله ومعرفة أن مازاد الى قوله مما لا يطلع) أقول ومعرفة مبتدأ وقوله مما لا يطلع خبره (قوله مما لا يطلع عليه أحد الخ) أقول مسلم فانا نرى كثيرا من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال علم الفقه بل بالسماع من الثقات وكثرة المباشرة بالمعاملات ثم قد يقام التمكن من الشئ مقام ذلك الشئ كما سبق فى مباحث عدم قبول شهادة الاعمى فى هذا الكتاب وأما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود فى الصبى الذى كلامنا فيه فليتأمل

(١) قول الكمال وقول بعضهم الخ مبتدأ خبره أى ارتباط الخ أى يقال لذلك البعض أى ارتباط الخ كذا بهامش الاصل

(واذا وكل الحر البالغ أو المأذون البالغ مثلهما جاز) ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من أهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه أو فعل المأذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك أما من جانب الموكل فظاهر وأما من جانب الوكيل فلان الصبي من أهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وانما الاعلاك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل أن العبد اذا أعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور أهليته حيث لم يكن ملزما في حق نفسه وفي هذا الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو أن الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا واذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر يطالبه البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن لا يفيد الملك للضامن في المشتري وليس هذا كذلك انما هذا التزم مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة وأما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن من حيث ملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من أهل ذلك والجواب في العبد المأذون أيضا على هذا التفصيل

(واذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة (وان وكلا صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما) لان الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل

في صحة بيع الوكيل أن يتعرفه قبل بيعه (قوله واذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) وأطلق في المأذون ليشمل كلا من العبد والصبي المأذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل التصرف ولزوم الاحكام وعقلية الوكيل معنى العقد ولم يذكر العقل مع البلوغ لان اشتراط العقل يعرفه كل أحد ومعلوم أيضا أن قوله مثلهما ليس بقيد بل مثلهما أو أعلى حالا منهما كتوكيل العبد المأذون حرا أو دونهما كتوكيل الحر البالغ عبدا مأذونا (قوله وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما) هذا الكلام له منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر ووجهه ما ذكر المصنف (من أن الصبي) أي العاقل (من أهل العبارة) حتى (نفذ تصرفه باذن وليه والعبد) من أهل التصرف في (حق نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا) من الموكل (في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل) ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق بالعبد لحق السيد أنه لو أعتق بعد أن باشر الشراء لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا ترجع اليه وأما مفهومه فهو أن الوكيل لو كان صبيا مأذونا أو عبدا مأذونا تعلقت الحقوق بهما لكنه ليس على اطلاقه بل ذكر فيه تفصيلا في الذخيرة قال ان كان الوكيل صبيا مأذونا فان وكل بالبيع بثمن حال أو مؤجل فباع لزمته العهدة أو بالشراء ان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي وذلك لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك

(قال المصنف واذا وكل الحر البالغ أو العبد المأذون مثلهما جاز) أقول قال صدر الشريعة ولو قال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله والحر البالغ والمراد بالمأذون الصبي العاقل الذي أذنه الولي والعبد الذي أذنه المولى انتهى وفيه تأمل (قوله أو المأذون البالغ) أقول لعل قيد البالغ هنا وقع سهوا (قوله ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما الخ) أقول ما فوق الحر البالغ هو الحر البالغ الكائن من أهل دار الاسلام المسلم فان النوع قد يتقدم رتبة على الجنس كما مر في موضعه (قوله لان الموكل مالك التصرف الخ) أقول لان الموكل تعليل لقوله جاز ولكن بقي ههنا بحث فانه لو صح هذا الدليل لزم صحة توكيل الوكيل الغير المأذون به لجريانه فيه بعينه الا أن يعتبر فيه عدم المانع في الكبرى أو يقال المراد بمالكية التصرف هو المالكية استقلالا من غير استفادة من غير وفيه شيء لخروج توكيل الوكيل المأذون به والظاهر أن الشمول له مقصود أيضا (قال المصنف والعبد من أهل التصرف) أقول كان اللائق بحسب الظاهر أن يقول والعبد أيضا من أهل العبارة الا أنه سلك هذا الطريق لتكفله ببيان أهلية العبارة مع دفع ما يرى ظاهرا من عدم جواز هذا التوكيل لكونه بمنزلة جماد لا يقدر على شيء فليتأمل

وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي أو مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب

للضامن في المشتري وهذا لا يفيد الملك للضامن انما التزم مالا على موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة وأما اذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان للصبي ملكا حكميا في المشتري فانه يحبسه بالثمن عن الموكل حتى يستوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه والصبي المأذون من أهل أن يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه عيا بضمن من الثمن لا يملك المشتري لا حقيقة ولا حكما فانه لا يحبسه عن الموكل الى الاستيفاء والعبد اذا توكل على هذا التفصيل ثم اعلم أن العبد والصبي المحجورين وان لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط ان كان المأذون مرتدا جاز بيعه لانه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة فان أسلم كانت العهدة عليه والا فعلى الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا وشراء ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول والقاضي وأمينه

(قوله والعقد)

(وعن أبي يوسف أن المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو عبد) وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق (له خيار الفسخ) لانه ما رضي بالعقد الا على أن الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به

هذا ما انتهى اليه كلام الامام الكمال بن الهمام رحمه الله ويليه تكملة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ تغمدهم الله برحمته آمين

نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار

لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى
زاده أفندى قاضى عسكر روميلى
وهى تكملة فتح القدير للمحقق
الكمال ابن الهمام رحمهم
الله تعالى آمين

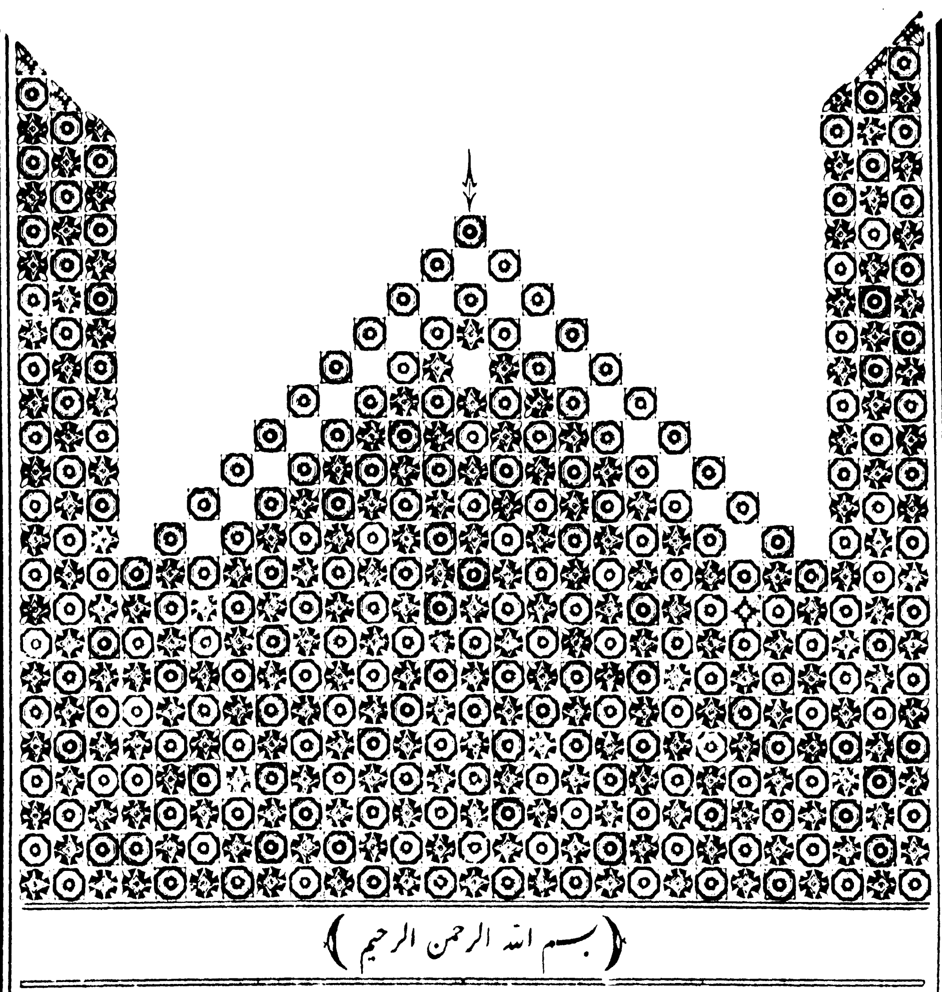
وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى جلبى و بسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿تنبيه﴾ قد ابتدأ صاحب التكملة فى شرحه بكتاب الوكالة وسبقه صاحب الفتح الى شرح جملة من هذا الكتاب انتهى فيها الى قول صاحب الهداية والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين الخ فأثبتنا الكتابتين تكثيرا للفائدة ومحافظة على استيفاء التكملة واكتفينا بما أسلفناه من عبارة الهداية والعناية عند كتابة الفتح عن اعادته هنا فليعلم كتبه مصححه

﴿تنبيه آخر﴾ قد جعلنا الهداية والتكملة فى الصلب (الاول) فى صدر الصحيفة ويليه الثانى مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبى الاول فى صدر الهامش ويليه الثانى فليعلم

(محل بيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر

﴿الطبعة الاولى﴾
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٦
هجرية
(بالقسم الادبى)



(بسم الله الرحمن الرحيم)

كتاب الوكالة

لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع في بيان أحكام الوكالة اما المناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله تعالى ثم الله شهيد على ما يفعلون وقوله تعالى حكاية حسبنا الله ونعم الوكيل واما لان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانة في حقه واما لان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات كذا في النهاية قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فآثرنا أخيرها انتهى وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا كما اذا كان وكيلا بالبيع أو الشراء مثلا انتهى أقول هذا سهو ظاهر لان التعاوض فيما ذكره من المثال انما هو في متعلق الوكالة أعني الموكل به وهو البيع أو الشراء لا نفس الوكالة والكلام فيه الا في الاول والا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة أيضا كما اذا شهد بالبيع أو الشراء مثلا والصواب أن مراد صاحب العناية هو أنه قد يكون في نفس الوكالة التعاوض كما اذا أخذ الوكيل الاجرة لاقامة الوكالة فانه غير ممنوع شرعا اذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل اقامتها فيجوز أخذ الاجرة فيها بخلاف الشهادة فانها فرض يجب على الشاهد أداؤها فلا يجوز فيها التعاوض أصلا ثم ان محاسن شرعية الوكالة ظاهرة اذ فيها قضاء حوائج المحتاجين الى

مباشرة

مباشرة أفعال لا يقدرون عليها بأنفسهم فان الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة وأقوياء وضعفاء وليس كل أحد يرضى أن يباشر الاعمال بنفسه ولا كل أحد يهتدي الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية الوكالة فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما لسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره ترفيها لاصحاب المروآت ثم ان ههنا أمورا يحتاج الى معرفتها تفسير الوكالة لغة وشرعا ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها أما تفسيرها لغة فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء كأنه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر أي مفوض اليه وأما شرعا فهي عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وأما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة لان ذلك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا والسنة وهي ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقي به أيضا ووكل عمر بن أم سلمة بالتزويج والاجماع فان الامة أجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه على ما سيأتي في الكتاب وأما سببها فتعلق البقاء المقدر بتعاطيها كما في سائر المعاملات وأما ركنها فالالفاظ التي تثبت بها الوكالة كلفظ وكلت وأشباهه روى بشر بن غياث عن أبي يوسف رحمه الله اذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع وأما شرطها فان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام كما سيأتي في الكتاب وستعرفه مشروحا وأما صفتها فهي أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به لا حد فلا يرد عليها أن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس على ما نصوا عليه والعجب ههنا أن صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث أجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بان العكس غير لازم وليس بمقصود قال في شرح هذا المقام هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى فان العكس اذا لم يكن لازما ولا مقصودا في الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه الاول أن الوكيل جاز له أن يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والثاني أن الانسان جاز له أن يستقرض بنفسه ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز والثالث أن الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعها وأجيب عن الاول بان المراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك وعن الثاني بان محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا على ما عرف وذلك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي استقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد هذا بانه مقرر للنقض لا دافع ودفع بانه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم ونقض بالتوكيل بالشراء فانه جائز وما ذكرتم موجود فيه وفرق بان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه وقيل هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل ودفع بان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض هذا نهاية ما في العناية أقول ولقائل أن يقول كما أن الامر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه في ملك الغير

باطل فيلزم أن يكون الاستقراض بنفسه أيضا باطلا بناء على هذا وليس كذلك ثم أقول يمكن أن يدفع
ذلك بأن المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة
وأما المأمور بالاستقراض فإن تصرف في عبارة نفسه بأن قال للمقرض مثلا أقرضني عشرة دراهم كان
الاستقراض لنفسه لا للآمر فله أن يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به وإن تصرف في عبارة الآمر
بأن قال مثلا إن فلانا يستقرض منك عشرة دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر ولكن المأمور
يصير في هذه الصورة رسولا لا وكيلا والباطل هو الوكالة في الاستقراض دون الرسالة فيه فإن الرسالة
موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه
باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا
يمكننا تصحيح هذا الأمر باعتبار العبارة كما نص عليه في الذخيرة بقي ههنا شيء وهو أن ما ذكر منقوض
بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة وسيأتي تمام بحثه إن شاء الله تعالى وأجيب عن الثالث بأن
الذمي كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها أيضا حتى أنه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وإنما
لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى في المسلم وهو أنه مأمور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها
فكان ذلك أمرا عارضا في الوكيل والعوارض لا تقدح في القواعد حتى أن قائلا لو قال كل من تزوج
امرأة بنكاح صحيح حل له وطؤها لا يرد عليه الحائض والمحرمة هذا زبدة ما في أكثر الشروح وأجاب
عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس
كلاما منافيا لذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وإن صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها
انتهى وقال بعض الفضلاء هذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أيضا إلا أنه
لما كان مخالفا لما سيجيء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض
الجواب ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا انتهى أقول ليس هذا بسديد أما أولا فلأن
ما ذكره صاحب العناية ههنا لا يكاد يكون جوابا عن النقض بالاستقراض لأن المانع هنالك في نفس
التوكيل وهو بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير والمانع ههنا على رأيه إنما هو في التوكل وهو حرمة
اقتراب المسلم من الخمر فأين هذا من ذاك وأما ثانيا فلأنه لا معنى لقوله ولم يجب بما أجاب به غيره من
الشراح على ما ذكرناه من قبل وليس فيه شيء مناف لما سيجيء من المصنف رحمه الله من أن التوكيل
بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن فلا وجه لدرج قوله المذكور في حيز جواب لما في قوله إلا أنه
لما كان مخالفا لما سيجيء من المصنف الخ ثم قال ذلك القائل بقي فيه بحث إذ التوكيل والتوكل كالكسر
والانكسار ثم ليت شعري ما معنى جوازه انتهى أقول هذا ساقط جدا إذ لا يذهب على ذي مسكة أن
الانكسار مطاوع الكسر فلا يتحقق أحدهما بدون الآخر بخلاف التوكيل والتوكل فإن التوكيل
تفويض الأمر إلى الغير والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به ولا شك في جواز تحقق الأول بدون
الثاني ثم لا ينبغي أن يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعد ألا يرى إلى صحة قولك خبرته فلم يختبر وصحة
قولك نبهته فلم يتنبه وما أشبههما فمن ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا إشكال أصلا قال المصنف رحمه
الله في تعليل جواز الوكالة فيما ذكره (لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض
الأحوال) بأن كان مريضا أو شيخا فانيا أو رجلا ذا وجاهة لا يتولى الأمور بنفسه (فيحتاج إلى أن
يوكل غيره) فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص (فيكون) أي الإنسان (بسبيل منه)
أي من التوكيل (دفعا لحاجته) ونفيا للحرج واعترض على هذا بأنه دليل أخص من المدلول وهو
جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في

الجنس لا في الافراد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المزبور ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى أقول وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع فانهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بان الوكالة أبدا اما للعجز واما للترفه والظاهر أن ليس في صورة الترفه حاجة فتأمل (وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء) أي بشراء الاضحية (حكيم بن حزام) ويكنى أبا خالد ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة أو باثنتي عشرة سنة على اختلاف الروايتين أسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلما وكان من وجوه قريش وأشرافها وعاش في الجاهلية ستين سنة وفي الاسلام ستين سنة ومات بالمدينة في خلافة معاوية رضي الله عنه سنة أربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم وقال الكرخي في أول كتاب الوكالة في مختصره حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا يعقوب الدورقي قال حدثنا عبد الرحمن بن زيدي عن سفيان عن أبي حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له به أضحية فاشترى له أضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى أضحية بدينار فجاءه بدينار وأضحية فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة (وبالتزويج عمر بن أم سلمة) أي وكله بتزويج أمه أم سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الشروح قال صاحب غاية البيان ولنا في توكيل عمر بن أم سلمة نظر لان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة بعد وقعة بدر في سنة اثنتين كذا قال أبو عبيدة معمر بن المثنى وكان عمر بن أبي سلمة يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين قاله الواقدي ويكون على هذا الحساب سن عمر بن أم سلمة يوم تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أمه سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل انتهى وقد سبقه الى هذا النظر ابن الجوزي حيث قال في هذا الحديث نظر لان عمر بن أم سلمة كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين وكيف يقال لمثل هذا زوج بيانه أنه عليه الصلاة والسلام تزوجها في سنة أربع ومات عليه الصلاة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قوله انه عليه الصلاة والسلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وان كان قد قاله الكلاباذي وغيره وقال قال ابن عبد البر انه ولد في السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما أخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن أم سلمة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلاة والسلام سل هذه فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله إني لاتقاكم لله تعالى وأخشاكم وظاهر هذا انه كان كبيرا وأقول ظاهر قول المصنف رحمه الله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على أن المراد به ذكر الدليل النقلي على قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره بعد أن ذكر دليلا عقليا عليه فيتجه على ذلك أن توكيل النبي صلى الله عليه وسلم في المادتين المخصوصتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلي الذي مبناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبي صلى الله عليه وسلم لا اقامة دليل مستقل على دعوى الكلية السابقة وكانه عن هذا قال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ ولم يقل ولان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) أي في جميعها (لما قدمنا من الحاجة) يشير الى قوله لان الانسان

قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى أن يوكل غيره (اذ ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات) تعليل لجريان ما قدمه ههنا قال صاحب غاية البيان أما التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق فانما جاز لما روينا قبل هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء فاذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره لان كل عقد يجوز أن يتولاه الموكل بنفسه جاز أن يوكل غيره كالبيع ولان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز أن يوكل غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى أقول تعليله الثاني الذي هو مراد المصنف رحمه الله بقوله لما قدمنا صحيح لا ريب فيه وأما تعليله الاول فغير صحيح لان الكلام ههنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود وما ذكره في تعليله الاول انما يتمشى في العقود دون الخصومات ولذلك قال المصنف رحمه الله (وقد صح أن عليا رضي الله تعالى عنه وكل عقيلا) أي وكله في الخصومات وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكي أن عليا رضي الله عنه استقبله يوما ومعه عنز فقال علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحمق فقال عقيل أما أنا وعنزي فعاقلان (وبعدما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر) الطيار رضي الله تعالى عنه اما لانه وقر عقيلا رضي الله عنه لكبر سنه أو لانه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط أخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكلني وأخرج عن علي رضي الله عنه أنه كان وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقال الخصاف في أدب القاضي حدثنا معاذ بن أسد الخراساني قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق عن جهم بن أبي الجهم عن عبد الله بن جعفر أن عليا رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما تحضرها الشياطين فجعل علي رضي الله عنه الخصومة الى عقيل فلما كبر ورق حولها الي فكان علي رضي الله عنه يقول ما قضي لوكيلي فلي وما قضي على وكيلي فعلي انتهى وقال الزمخشري في الفائق ان عليا رضي الله عنه وكل أخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان لا يحضر الخصومة ويقول ان لها لقحما وان الشيطان يحضرها أي مهالك وشدائد وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه انتهى وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة وفيه دليل أيضا على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لصنع علي رضي الله عنه وقال بعض العلماء الاولى أن يحضر بنفسه لان الامتناع من الحضور الى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وجوابه أن تأويل الآية الرد من المنافق والاجابة من المؤمن اعتقادا كذا في شرح أدب القاضي وذكر في غاية البيان (وكذا بايفائها واستيفائها) أي وكذا تجوز الوكالة بايفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة (الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها) أي باستيفاء الحدود والقصاص (مع غيبة الموكل عن المجلس) وأما الوكالة بايفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا أي مع غيبة الموكل ومع حضوره أمر بين لان ايفاءها انما يكون بتسليم النفس أو البدن لاقامة العقوبة الواجبة وهذا لا يصح الا من الجاني اذ اقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح فلذلك اكتفى المصنف رحمه الله بنفي صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل وقال في تعليله (لانها) أي الحدود والقصاص (تندرئ بالشبهات) فلا تستوفي بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال (وشبهة العفو ثابتة حال غيبته) أي غيبة الموكل

هذا الوجه مخصوص بالقصاص اذ الحدود لا يعفى عنها فالمراد أن في القصاص ثبوت شبهة أخرى حال
غيبة الموكل وهي شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل (بل هو الظاهر)
أي بل العفو هو الظاهر (للندب الشرعي) لقوله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وفي القصاص خلاف
الشافعي رحمه الله فانه يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه
ولكنا نقول هذه عقوبة تندرئ بالشبهات بخلاف سائر حقوقه فافترقا (بخلاف غيبة الشاهد)
حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته (لان الظاهر عدم الرجوع) يعني أن الشبهة في حق
الشاهد هي الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل لاسيما في العدول فلم يعتبر
مثل هاتيك الشبهة أقول يرد عليه أن الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود في ظاهر الرواية
كما مر في كتاب الحدود ويقتضي ذلك اعتبار شبهة الرجوع في حق الشهود ههنا اللهم الا أن يقال عدم
استيفاء الحد اذ ذاك لفوات الشرط وهو بداءة الشهود بالرجم لا لمجرد شبهة الرجوع فتأمل
(وبخلاف حالة الحضرة) أي حضرة الموكل في المجلس حيث يستوفى ذلك عندها (لانتفاء هذه الشبهة)
أي شبهة العفو فان العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا شبهة أقول لقائل أن يقول ان انتفاء
الشبهة المعينة لا يقتضي انتفاء الشبهة مطلقا والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم
التقريب على أن شبهة العفو مخصوصة بالقصاص فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة في استيفاء الحدود
أصلا ولما استشعر أن يقال اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء رأسا اذ هو يستوفيه
بنفسه أجاب بقوله (وليس كل أحد يحسن الاستيفاء) اما لقلة هدايته أو لان قلبه لا يتحمل ذلك (فلو
منع عنه) أي عن التوكيل بالاستيفاء (ينسد باب الاستيفاء أصلا) أي ينسد بابه بالنسبة اليه
بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه قال المصنف رحمه الله (وهذا
الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله) وقال جمهور الشراح في تفسير كلام المصنف هذا أي
جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا في توجيه تفسيرهم اياه بهذا
المعنى لانه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق أي جميعها وبايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء
الحدود والقصاص واستيفاءها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر
الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا
الذي ارتكبوه في حل كلام المصنف رحمه الله ههنا تكلف بارد وتعسف شارد حيث جعلوا
البعض الغير المعين في الكلام السابق بل الداخل في مجرد كليته مشارا اليه بلفظ هذا الذي يشار به
الى المحسوس المشاهد أو الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد ثم ان ههنا لمندوحة عن ذلك بحمل كلام
المصنف رحمه الله على معنى ظاهر منه وهو أن هذا الذي ذكرناه صريحا فيما مر آنفا من قولنا وتجوز
الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق قول أبي حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة
باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا) أي قال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة
بالخصومة في بعض من تلك الحقوق وهو اثبات الحدود والقصاص أيضا أي كما لا تجوز الوكالة بايفاء
الحدود والقصاص واستيفائهما بالاتفاق (وقول محمد مع أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وقيل مع
أبي يوسف رحمه الله) يعني أن قول محمد مضطرب يذكر تارة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف ولكن
الظاهر من تحرير المصنف ترجيح الاول كما لا يخفى على الفطن قال في الكافي بعد قوله وقول محمد
مضطرب والاظهر أنه مع أبي حنيفة (وقيل هذا الاختلاف) بين أبي حنيفة وأبي يوسف (في غيبته)
أي غيبة الموكل (دون حضرته) أي هو جائز في حضرته بالاتفاق (لان كلام الوكيل ينتقل الى

الموكل عند حضوره) فصار كأنه متكلم بنفسه (له) أى لأبى يوسف رحمه الله تعالى (ان التوكيل انابة) والانابة فيها شبهة لامحالة (وشبهة النيابة يتحرز عنها فى هذا الباب) أى فى باب الحدود والقصاص لانه مما يندرئ بالشبهات (كما فى الشهادة على الشهادة) أى كالشبهة التى فى الشهادة على الشهادة حتى لايثبت بهما الحدود والقصاص بالاتفاق كما لايثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضى الى القاضى (وكما فى الاستيفاء) أى وكالشبهة التى فى التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فانها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق (ولابى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) أى لاحظ لها فى الوجوب ولا فى الظهور (لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه (فيجرى فيه التوكيل كما فى سائر الحقوق) أى باقيها لقيام المقتضى وانتفاء المانع لا يقال المانع موجود وهو الشبهة كما فى الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر لانا نقول الشبهة فى الشرط لاتصلح للمنع اذ لايتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانها يتعلق بها الظهور (وعلى هذا الخلاف) المذكور (التوكيل بالجواب من جانب من عليه) أى من جهة من عليه (الحد) أو القصاص فأجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب قال المصنف (وكلام أبى حنيفة فيه) أى فى التوكيل بالجواب (أظهر لان الشبهة لاتمنع الدفع) يعنى أن التوكيل بالجواب انما يكون للدفع ودفع الحدود والقصاص يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال فالشبهة التى ذكرت فى دليل أبى يوسف رحمه الله على تقدير كونها معتبرة لاتمنع ههنا (غير أن اقرار الوكيل غير مقبول عليه) أى على موكله يعنى لو أقر الوكيل فى مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص على موكله لم يقبل اقراره استحسانا (لما فيه) أى لما فى اقراره (من شبهة عدم الامر به) فلم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات والقياس أن يقبل اقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما فى الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ماذكره المصنف رحمه الله وتوضيحه أنا حملنا التوكيل بالخصومة على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فأما فى الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة معتبرة فيما يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات كذا فى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح واعلم أن جواز التوكيل باثبات الحدود عند من جوزه انما هو فى حد القذف وحد السرقة وأما التوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لانه لاحق فيهما لاحد من العباد وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان أجنبيا عنه لايصح توكيله به نص عليه فى الكافى والتبيين (وقال أبو حنيفة لايجوز التوكيل بالخصومة) سواء كان التوكيل من قبل الطالب أو من قبل المطلوب (بغير رضا الخصم) ويستوى فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب كذا فى الشروح والفتاوى (الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا) يعنى الا أن يكون الموكل معذورا بعذر المرض أو السفر فحينئذ يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم عنده أيضا (وقالا) أى أبو يوسف ومحمد (يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) أى يجوز ذلك عندهما فى جميع الاحوال سواء رضى الخصم أم لا وسواء كان الموكل معذورا أم لا وكان أبو يوسف يقول أولا يقبل ذلك من النساء دون الرجال ثم رجع عن ذلك وقال يقبل من النساء والرجال جميعا (وهو قول الشافعى رحمه الله) أيضا وفى الخلاصة والفقيه أبو الليث يفتى بقولهما وفى فتاوى قاضيخان وبه أخذ أبو القاسم الصفار وقال شمس الائمة السرخسى الصحيح عندى أن

القاضى

القاضي اذا علم بالمدعي التعنت في اباء الوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعي ليشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل وذكر شمس الائمة الحلواني أن ذلك يفوض الى رأي القاضي وهذا قريب من الاول انتهى قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف في الجواز) أي لا خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه والشافعي رحمهم الله في الجواز حتى اذا وكل فرضي الخصم لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة (انما الخلاف في اللزوم) معناه اذا وكل من غير رضا الخصم هل يرتد برده أم لا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا التأويل يكون معنى قول القدوري قال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم أي لا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم لان الجواز من لوازم اللزوم فيجوز ذكر اللازم وارادة الملزوم كذا في الشروح وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريرا وايرادا حيث قال فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجازا فقوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم فان الجواز لازم اللزوم فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وقال وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز لازم اللزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز انتهى أقول الظاهر أن مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بان ماذكره ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ماذهب اليه السكاكي من أن الانتقال في المجاز من الملزوم الى اللازم وفي الكناية من اللازم الى الملزوم لكنه ليس بشئ أما أولا فلان لفظ المجاز لم يذكر في تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التأويل المذكور فانه يصح سواء كان بطريق المجاز أو بطريق الكناية فكان مدار رده المزبور على لفظ زاده من عند نفسه في بيان التأويل المذكور وأما ثانيا فلانهم حققوا أن الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم الى اللازم وردوا ماذهب اليه السكاكي بأن اللازم مالم يكن ملزوما لم ينتقل منه الى الملزوم وجعلوا العمدة في الفرق بينهما جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها فحينئذ يجوز أن يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازا عن معنى يلزم بلا محذور أصلا ثم قال صاحب العناية والحق أن قوله لا يجوز له التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن هذا كلام خال عن التحصيل لانه ان أراد بقوله ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم أن معنى الاول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه وليس كذلك اذ لا شك أن معنى الجواز من حيث الحقيقة يغاير معنى اللزوم فنفي الاول يغاير نفي الثاني قطعا وان أراد بذلك أن الثاني هو المراد من الاول مجازا أو كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز فان المتبادر من الالفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر الى ذهن الناظر في مسئلتنا هذه أن يكون الخلاف المذكور في نفس الجواز فدفع المصنف ذلك بقوله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم فهذا الكلام لا غبار عليه ثم اعلم أن المصنف رحمه الله ليس بأول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم بل سبقه الى ذلك كثير من المشايخ منهم الامام شمس الائمة السرخسي حيث قال في شرح أدب القاضي ان التوكيل عند أبي حنيفة بغير رضا الخصم صحيح ولكن للخصم أن يطالب الموكل بأن يحضر بنفسه ويجيب ومنهم الامام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازما وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يقع لازما وذكر في المحيط البرهاني أن رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند أبي يوسف ومحمد وقد اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة بعضهم قالوا رضا الخصم عنده ليس بشرط صحة التوكيل بل هو

شرط لزومه وقال بعضهم لا بل رضا الخصم عنده شرط صحة التوكيل وانما اختلفوا باختلاف
ألفاظ الكتاب ذكر في شفعة الاصل أن التوكيل بغير رضا الخصم باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله
وذكر في وكالة الاصل لا يقبل التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة والصحيح أن التوكيل عنده
صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب لخصومة الوكيل الا أن يكون الموكل مريضا
مرضا لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم أو غائبا مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى وهكذا ذكر
في الذخيرة أيضا (لهما) أي لابي يوسف ومحمد (أن التوكيل تصرف في خالص حقه) أي
في خالص حق الموكل وهذا لانه اما أن يوكله بالخصومة أو بالجواب وكلاهما من خالص حقه أما
الخصومة فلانها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها وأما الجواب فلانه اما انكار أو اقرار
وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه واذا كان كذلك (فلا يتوقف على رضا غيره) فصار
(كالتوكيل بتقاضي الديون) وقبضها وايفائها (وله) أي لابي حنيفة رحمه الله (ان الجواب
مستحق على الخصم) يعني ان الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه (ولهذا يستحضره) أي
يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل أن يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما في
الباب أن يكون التوكيل تصرفا في خالص حق الموكل لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ
اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير (و) ههنا ليس كذلك اذ لا شك أن (الناس متفاوتون في الخصومة) أي من
جهة الدعوى والاثبات ومن جهة الدفع والجواب فرب انسان يصور الباطل في صورة الحق ورب
انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه وقد دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام انكم تختصمون الي
ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذ فانما أقطع له قطعة من
نار ذكره في أدب القاضي والاسرار ومعلوم أنه لا يوكل عادة الا من هو ألد وأشد في الخصومات ليغلب
على الخصم (فلو قلنا بلزومه) أي بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم (يتضرر به) أي
يتضرر الخصم به (فيتوقف على رضاه) فصار (كالعبد المشترك اذا كاتبه أحدهما) أي أحد
الشريكين (يتخير الآخر) أي يتخير الشريك الآخر بين امضاء الكتابة وفسخها فكان تصرف أحدهما
متوقفا على رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان تضرر شريكه قال صاحب النهاية
في شرح الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب
مستحق عليه بدليل أن القاضي يقطعه عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس يتفاوتون في هذا
الجواب فرب انكار يكون أشد دفعا للمدعي من انكار والظاهر أن الموكل انما يطلب من الوكيل ذلك
الاشد فان الناس انما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل ليدفع حق الخصم
عن الموكل وفيه اضرار بالخصم وأكثر ما في هذا الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن
لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه انتهى كلامه وعلى هذا المنوال
سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية أيضا أقول فيه نظر لان أصل هذه المسئلة عام لصورة
التوكيل من جانب المدعي ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما أفصح عنه الشراح قاطبة في
صدر هذه المسئلة وصرح به في عامة كتب الفتاوى أيضا وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذي ذكره
هؤلاء الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم لتحمله
التقرير بوجه يعم الصورتين معا كما ذكرناه في شرحنا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي
حنيفة رحمه الله أنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في
مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه

انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى أقول فيه أيضا نظر لانه جعل ماذكر في الكتاب من قبل أبي حنيفة دليلين أحدهما منعي لما قالاه والآخر تسليمي له فيرد حينئذ على الدليل الاول مايرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا باحدى صورتي المسئلة العامة المدعاة تأمل تقف فالوجه أن يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه في شرحنا لكن الانصاف أن تأثير المقدمة القائلة ان الجواب مستحق على الخصم انما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لايخفى على الفطن المتأمل (بخلاف المريض والمسافر) متصل بقوله الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك (لان الجواب غير مستحق) أي غير واجب (عليهما) أي على المريض والمسافر (هنالك) أي فيما اذا كان الموكل مريضا أو مسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج أقول ههنا شئ وهو أن ماذكره المصنف من الفرق انما ينفذ في صورة ان كان التوكيل من جانب المدعى عليه واما في صورة ان كان من جانب المدعى فلا لان الجواب غير مستحق على المدعى سواء كان صحيحا مقيما أو مريضا مسافرا فان الجواب انما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لايجبر عليها مع أن المسئلة عامة للصورتين معا كما حققته فكان ينبغي أن يزاد عليه أن يقال ان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وآفات التأخير أشد من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيتحمل الادنى دون الأعلى وفي فتاوى قاضيخان وأجمعوا على أن الموكل لو كان غائبا أدنى مدة السفر أو كان مريضا في المصر لايقدر أن يمشي على قدميه الى باب القاضي كان له أن يوكل مدعيا كان أو مدعى عليه وان كان لايستطيع أن يمشي على قدميه ولكنه يستطيع أن يمشي على ظهر دابة أو ظهر انسان فان ازداد مرضه بذلك صح التوكيل وان كان لايزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف أيضا وقال بعضهم له أن يوكل وهو الصحيح انتهى (ثم كما يلزم التوكيل عنده) أي عند أبي حنيفة (من المسافر يلزم اذا أراد السفر لتحقق الضرورة) اذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه وفي فتاوى قاضيخان وكما يجوز للمسافر أدنى مدة السفر أن يوكل بغير رضا الخصم يجوز لمن أراد أن يخرج الى السفر لكن لايصدق أنه يريد السفر ولكن القاضي ينظر الى زيه وعدة سفره أو يسأل عمن يريد أن يخرج معه فيسأل عن رفقائه كما في فسخ الاجارة انتهى (ولو كانت المرأة مخدرة) اختلفت عبارات المشايخ في تفسير المخدرة فقال بعضهم هي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضي وقال الامام البزدوي هي التي لايراها غير المحارم وأما التي جلست على المنصة فرآها الاجانب لاتكون مخدرة فاختار المصنف التفسير الاول حيث قال (لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم) فان هذا صفة كاشفة لمخدرة جارية مجرى التفسير لها (قال الرازي) أراد به الامام أبا بكر الجصاص أحمد بن علي الرازي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع وأحكام القرآن واليه انتهت رياسة أصحاب أبي حنيفة ببغداد بعد الشيخ أبي الحسن الكرخي وكانت ولادته سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة (يلزم التوكيل) أي يلزم التوكيل منها بلا رضا الخصم وبدون عذر المرض والسفر (لانها لو حضرت لايمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) دفعا للحرج فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لاتعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث اليها الحاكم ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على حلفها وكذا في المريضة اذا وجب عليها يمين لان النيابة لاتجري في الايمان هكذا ذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وذكر فيه وان كان يبعث الى المخدرة والمريضة أو الى المريض خليفة

فيفصل الخصومة هنالك يجوز لان مجلس الخليفة كمجلسه كذا في معراج الدراية وغيره (قال رضي الله عنه) أي قال المصنف (وهذا) أي ما قاله الرازي (شيء استحسنه المتأخرون) وفي فتاوى قاضيخان ويجوز للمرأة المخدرة أن توكل وهي التي لم تخالط الرجال بكرا كانت أو ثيبا كذا ذكره أبو بكر الرازي وقال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده ظاهر المذهب عن أبي حنيفة انها على الاختلاف أيضا وعامة المشايخ أخذوا بما ذكره أبو بكر الرازي وعليه الفتوى انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف) قيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد فأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فأما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض النهي كذا في الكافي والكفاية والتبيين قال صاحب النهاية في تفسير قوله ممن يملك التصرف أي ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به وقال قد ذكرنا في أوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة أن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فأما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذي وكل الوكيل به فليس بشرط ثم قال فان قلت يشكل على ما ذكرناه في الكتاب ما ذكره في الذخيرة بقوله واذا قال الرجل لغيره خذ عبدي هذا وبعه بعبد أو قال اشتر لي به عبدا صح التوكيل بهذا وان لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف فان من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد أو قال اشتريت منك بهذا العبد عبدا لا يجوز قلت انما جاز ذلك في التوكيل بهذا ولم يجز في مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو أن الجهالة انما تمنع عن الجواز لافضائها الى المنازعة وأما اذا لم تؤد اليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام أو شرائه ثم جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي الى المنازعة لان التوكيل ليس بأمر لازم ولا كذلك المباشرة لانها لازمة فتفضي الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه أقول في جوابه بحث لان الفارق المذكور فيه انما أفاد كمية صحة التوكيل في مسئلة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه في مثلها وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لان حاصله أن ما ذكر في الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق في مسئلة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم انه جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي لا يملك التصرف الذي وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب لكلمة من جنس التصرف انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف وأجاب حيث قال لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب ان مراده ان المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فانا لا نسلم أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد ألا يرى الى الحقوق المشتركة مالا كانت أو غيره فان كل واحد من أصحابها يملك التصرف فيها تصرفا مخصوصا وان وصل مبلغهم في التعدد الى الالاف مثلا اذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك ان كل واحد منهم

يملك التصرف فيها بسكنى أو غيره ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة ادخال من حينئذ فى من يملك فان ذلك انما يتوهم لو كانت كلمة من ههنا للتبعيض وأما اذا كانت للتبيين كما هو الظاهر فى المقام فيستقيم جدا كما لا يخفى ثم ان ماذكره كله مبنى على فهم أن يكون مراد صاحب العناية بكلمة من فى قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول والظاهر أن مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف فى قوله حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف اذ لو كان مدار كلامه زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل أن يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط فوجه الانسبية حينئذ أن الاسم المذكور من مبهمات المعارف على ما عرف فى النحو ومن ألفاظ العام على ما عرف فى الاصول فيكون المراد به جنس المالك لا الفرد المعين منه ولا شك أن الذى يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ثم قال ذلك البعض ان الانسبية قد فاتت فى قوله ويقصده كما لا يخفى أقول هذا أيضا ليس بسديد فان قوله ويقصده وان لم يكن مقرونا بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكما فانه معطوف على ما هو فى حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد فى قوله ممن يعقل العقد ولا شك أن المعطوف فى حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله على ما تقرر فى علم الادب فقد حصلت الانسبية المذكورة هنالك أيضا ثم ان حمل التصرف فى قول القدورى ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذى وكل به مما سبق اليه صاحب غاية البيان حيث قال قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لو كان شرط الوكالة أن يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب أبى حنيفة لم يجز أن يوكل المسلم الذمى ببيع الخمر وشرائها وهو جائز على مذهب أبى حنيفة مع أن المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم أنه ليس بشرط على مذهبه بل الشرط عنده أن يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذى وكل به ثم قال قلت هذا الشرط الذى شرطه القدورى يستقيم على مذهب الكل وانما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدورى اذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط فى الموكل وشرط فى الوكيل فالاول أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام والثانى أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ومعنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولاية شرعا فى جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون بالغا عاقلا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى حاصل فى توكيل المسلم الذمى فى الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعا فى جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته والشرط الآخر وهو أن يعقل العقد ويقصده حاصل فى الوكيل أيضا وهو الذمى لانه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله الى هنا كلامه وردّ عليه الشارح ابن الهمام حيث قال قيل انما يستقيم الشرط الاول على قولهما أما على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمى ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه وأجاب بعضهم بأن المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية فى جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل فى توكيل المسلم الذمى ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضى أن لا يصح توكيل الصبى المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبى المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع انتهى كلامه أقول ما ذهب اليه صاحب الغاية ههنا ليس بمثابة أن يقال له هو خطأ بمجرد ما ذكره ابن الهمام فان الذى يهمه فى توجيه المقام هو قوله المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية فى جنس التصرف بأهلية نفسه وهذا لا يقتضى أن لا يصح توكيل الصبى المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبى المأذون على مذهبنا فى فصله وأما قوله بأن يكون بالغا عاقلا

ففصله من التوجيه ذكره لبيان أن المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبي
المحجور وأما الصبي المأذون فلكونه بمنزلة البالغ في عامة التصرفات معلوم في محله فهو في حكم المستثنى
وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطا فيه وقصدوا به الاحتراز عن الصبي
والمجنون لم يستثنوا الصبي المأذون عنه صراحة (وتلزمه الاحكام) قيل هذا احتراز عن الوكيل
فأن الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك لان الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع
لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين
فانهما لو اشتريا شيأ لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما كذا في أكثر الشروح قال صاحب غاية البيان
للقيل الثاني وهذا هو الاصح من الاول ولم يبين وجهه وقال صاحب العناية قوله ويلزمه الاحكام
يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف
دون التوكيل به لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي
والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا أصح لان الوكيل اذا أذن له بالتوكيل
صح ولم يلزمه أحكام ذلك التصرف فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك الوكيل فانه ممن يملك
جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود
المشروط لاسيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه (لان الوكيل يملك التصرف من جهة
الموكل) تعليل لاشتراط ما شرطت الوكالة به يعني أن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه
نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال (فلا بد أن يكون
الموكل مالكا) أي للتصرف (ليملكه من غيره) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الوكيل يملك
جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم
الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه بأهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب أن الوكيل
من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الموكل
فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه أيضا
لجواز ثبوت شيء بأمرين على البدل انتهى أقول في جوابه نظر لان كون الوكيل من حيث هو وكيل
مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل انما يتوهم في التوكيل بتصرف لا بعينه بأن قال اصنع ما شئت
أو اعمل برأيك وأما في التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذميا ببيع
خمر فلا يتصور ذلك قطعا اذ لا شك أن الوكيل هناك انما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود
الذي وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقا والا لصح له أن يتصرف هناك بتصرف آخر كأن
يهب الخمر التي وكل ببيعها الذمي أو يشتري بها منه شيأ أو نحو ذلك من جنس التصرفات وليس كذلك قطعا
والحق عندي في الجواب أن يختار الشق الثاني وهو أن الوكيل يملك التصرف الذي وكل به من جهة
الموكل ويدفع النقض المذكور بحمل ما في الكتاب على قول أبي يوسف ومحمد أو بناء ذلك على الاصل
فان بيع الخمر جائز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض النهي وقد ذكرنا كلا الوجهين في صدر الكلام
نقلا عن الكتب المعتبرة (ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد) بأن يعرف مثلا أن البيع
سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كذا ذكره في مأذون الذخيرة وفي أكثر
المعتبرات وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون (ويقصده) أي يقصد العقد والمراد أن
لا يكون هازلا فيه كذا رأى جمهور الشراح وورد عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم
أي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته أن
لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى أقول يخرج الجواب عنه مما ذكره الشارح تاج الشريعة

ههنا حيث قال القصد شرط فى وقوع العقد عن الآمر حتى لو تصرف هازلا لا يقع عنه انتهى فتأمل وانما اشترط ذلك فى الوكيل (لانه يقوم مقام الموكل فى العبارة فلابد أن يكون من أهل العبارة) وأهلية العبارة لا تكون الا بالعقل والتمييز لان كلام غير المميز كألحان الطيور (حتى لو كان) أى الوكيل (صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا) اذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم قال صاحب العناية وهذا يشير الى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط فى صحة التوكيل لكن ذكر فى الكتاب أن ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على أن توكيل الصبى العاقل صحيح ومعرفة ما زاد على ده نيم فى المتاع وده يازده فى الحيوان وده دوازده فى العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه انتهى أقول فيه بحث لانه ان أراد أن معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت أحد التفسيرين المذكورين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع اذ لا شك أن من لا يمارس العلم أصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم أن ما زاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين أو ما زاد على ده نيم فى المتاع وده يازده فى الحيوان وده دوازده فى العقار غبن فاحش وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال أكثر أهل السوق وان أراد أن معرفة عبارات أهل الشرع فى الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم لكن لا يجدى ذلك شيأ اذ لا يخفى أن المراد بما ذكر فى الكتاب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الاول دون الثانى (واذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) هذا لفظ القدورى فى مختصره وكان ينبغى أن يقيد بالعاقل أيضا لان المجنون اذا وكل غيره لا يجوز وكأنه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان غالب أحوال الانسان أن يكون عاقلا أو بناء على أن اشتراط العقل مما يعرفه كل أحد وانما أطلق المأذون ليشمل العبد والصبى المأذونين فان توكيل كل واحد منهما غيره جائز كسائر تصرفاتهما ثم ان هذا غير منحصر فى المثلية فى صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون ألا يرى أن التعليل بقوله (لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة) يشمل الاوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر فى النهاية ومعراج الدراية وعن هذا قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية ولو قال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله أو المأذون وتوكيل المأذون مثله أو الحر البالغ انتهى وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام فى هذا المقام حيث قال ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى أقول لا يذهب عليك أنه لا يجدى كثير طائل اذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلا للكلام على أن قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة اذ لا أحد فوق الحر البالغ (وان وكل) أى الحر البالغ أو المأذون (صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز) خلافا للشافعى رحمه الله (ولا يتعلق بهما الحقوق) أى حقوق ما باشراه من العقد كالقاضى وأمينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه (وتتعلق بموكلهما) وانما جاز توكيلهما عندنا لانتفاء ما يمنعه أما من جانب الموكل فظاهر وأما من جانب الوكيل فلما ذكره بقوله (لان الصبى من أهل العبارة ألا يرى أنه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له) أى للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه واقراره بالحدود والقصاص (وانما لا يملكه) أى التصرف (فى حق المولى) دفعا للضرر عنه (والتوكيل ليس تصرفا فى حقه) أى فى حق المولى لان صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على أصل الحرية فى حق صحة العبارة فان صحتها بكونه آدميا (الا أنه لا يصح منهما) أى من الصبى والعبد المحجور (التزام العهدة أما الصبى لقصور أهليته) أى أما الصبى المحجور عليه فلقصور أهليته بعدم البلوغ

قال (والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل

(والعبد لحق سيده) أي وأما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في ماليته فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى واذا كان كذلك (فتلزم) أي العهدة (الموكل) لانه أقرب الناس اليهما حيث انتفع بتصرفهما ويفهم من هذا التعليل أن العبد اذا أعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق وأن الصبي اذا بلغ لم يلزمه العهدة لان المانع من لزومها كان قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلم تلزمه بعد البلوغ أيضا والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر صريحا في المبسوط وشرح الجامع الصغير للامام قاضيخان ثم ان في تقييد الصبي والعبد بقوله محجور عليه اشارة الى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الذخيرة وهو أن الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا واذا وكل بالشراء فان وكل بالشراء بثمن مؤجل لم تلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا ليس كذلك انما هذا التزم مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة وأما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من أهل ذلك بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لانه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى والجواب في العبد المأذون اذا وكل بالبيع أو الشراء على هذا التفصيل ثم اعلم أن الصبي والعبد المحجورين وان لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب من بعد في فصل الشراء في التوكيل بعقد السلم حيث قال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى (وعن أبي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي أو عبد محجور) وفي بعض النسخ أو مجنون فقيل المراد به من يجن ويفيق وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام مجنون قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين وفي الكافي للعلامة النسفي ثم علم أنه صبي محجور أو عبد محجور فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف انتهى (له خيار الفسخ) أي للمشتري خيار الفسخ في هذه الصورة (لانه) أي لان المشتري (دخل في العقد على) ظن (ان حقوقه تتعلق بالعاقد) يعني أن المشتري ما رضي بالعقد الا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد (فاذا ظهر خلافه يتخير) لانه فات عنه وصف مرغوب فيه فصار (كما اذا عثر) أي اطلع (على عيب) أي على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا وفي ظاهر الرواية لا خيار للمشتري ولا للبائع ذكره تاج الشريعة (قال) أي القدوري في مختصره (والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين) وقال في بعض نسخه والعقد الذي يعقده الوكلاء أي جنس العقد كذا في غاية البيان (كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه) أي تصح اضافته الى نفسه ويستغني عن اضافته الى الموكل (كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل) أقول هذه الكلية تنتقض بما اذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه فان حقوق

قال (والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين الخ) العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل

(قوله العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين) أقول الظاهر أن القسمة الى الضربين باعتبار الاضافة الى نفسه والى الموكل لا باعتبار تعلق الحقوق بل هو حكم القسم وانما سلك المصنف هذه الطريقة قصرا للمسافة حيث بين القسم ضمنا وحكمه صريحا بكلام واحد فليتأمل ثم لما كان الحكم مقصودا ذكره صريحا

(وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب (يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه) لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه

عقدهما تتعلق بالموكل وان كان العقد مما يضيفه الوكيل الى نفسه كما عرفته فيما مر (وقال الشافعي تتعلق بالموكل) وبه قال مالك وأحمد (لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار) أي صار الوكيل في هذا الضرب (كالرسول) فان قال رجل لآخر كن رسولي في بيع عبدي وحقوق العقد لا تتعلق بالرسول بلا خلاف (والوكيل بالنكاح) أي وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثاني فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقا كما سيجيء (ولنا أن الوكيل هو العاقد) يعني أن الوكيل في هذا الضرب هو العاقد (حقيقة) أي من حيث الحقيقة (لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته) أي وصحة عبارة العاقد أي صحة كلامه (لكونه آدميا) له أهلية الايجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء وفي الكافي فقضيته تستدعي أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق (وكذا حكما) أي وكذا الوكيل في هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم (لانه) أي الوكيل (يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه (لما استغنى عن ذلك) أي عن اضافة العقد الى الموكل (كالرسول) والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه (واذا كان كذلك) أي اذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما (كان أصيلا في الحقوق فتتعلق) حقوق العقد (به) أي تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل (فلهذا) أي فلكون الوكيل في هذا الضرب أصلا في الحقوق (قال في الكتاب) أي قال القدوري في المختصر وقيل أي قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير أو المبسوط (يسلم المبيع) أي يسلم الوكيل المبيع (ويقبض الثمن) اذا باع (ويطالب) بصيغة المجهول أي يطالب الوكيل (بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع) أي ويقبض المبيع اذا اشترى (ويخاصم في العيب ويخاصم فيه) بفتح الصاد في الاول وكسرها في الثاني فالاول فيما اذا باع والثاني فيما اذا اشترى على الترتيب السابق واعلم أن ههنا فائدة جليلة يجب التنبه لها قد ذكرها صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل فالاول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشترى والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن مستحق ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور لكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الافعال لانه متبرع في العمل بل يوكل الموكل بهذه الافعال وسيأتي في كتاب المضاربة بعض هذا وان مات الوكيل فولاية هذه الافعال لورثته فان امتنعوا وكلوا موكل مورثهم وعند الشافعي للموكل ولاية هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل أو وارثه وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتهما الى هنا كلامه (والملك يثبت للموكل خلافة عنه) أي عن الوكيل هذا جواب عما قاله الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف

بالرسول وبالوكيل في النكاح (ولنا أن الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما) أما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا له أهلية الايجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء وأما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل أصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال القدوري في المختصر أو قال محمد في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد (قوله والملك يثبت للموكل خلافة) جواب عما قاله الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره أن الملك يقع للموكل ولكن يعتقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء

(قوله جواب عما قاله الخ) أقول خلاصة الجواب انكم ان أردتم أن الحقوق تابعة لحكم التصرف الثابت أصالة فمسلم وما نحن فيه ليس كذلك وان أردتم مطلقا فممنوع وهل النزاع الا فيه (قوله على سبيل الخلافة الخ) أقول قوله على متعلق بقوله يقع والمعنى أن الملك للموكل يقع على سبيل الخلافة تأمل

والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة أبي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من أصحابنا وقال شمس الائمة قول أبي طاهر أصح وقال المصنف هو الصحيح فان قيل قول أبي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جوابا عنه مع التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب أنه ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعي أصالة وتحقيق المسئلة أن التصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل التوكيل ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارته فأثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه أشار المصنف بقوله (اعتبارا

اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح

والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداء لكن لا أصالة حتى يثبت له توابعه أيضا بل خلافة عن الوكيل ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل في ثبوت الملك (اعتبارا للتوكيل السابق) والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك (كالعبد يتهب ويصطاد) فانه اذا اتهب أي قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في المبسوط وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل توكيل الموكل ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة الوكيل فأثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه أشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كذا في العناية ثم اعلم أن هذا المسلك طريقة أبي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من أصحابنا قال شمس الائمة السرخسي قول أبي طاهر أصح وقال المصنف (هو الصحيح) واحترز به عن طريقة أبي الحسن الكرخي وهي أن الملك يثبت للوكيل أولا ثم ينتقل الى الموكل واليه ذهب بعض أصحابنا وهي اختيار الامام قاضيخان كما ذكر في التحرير وانما قال هو الصحيح لان الوكيل اذا اشترى منكوحته أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك قال صاحب العناية وجوابه أن نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة قال في الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها فأجاز مولاها فانه تصير الامة مهر الحرة ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذلك ههنا انتهى وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث انتهى أقول الجواب عن هذا النظر ظاهر اذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة قال الصدر الشهيد ان القاضي أبا زيد خالفهما وقال الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله

للتوكيل السابق) فتعين الحقوق للوكيل ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب (قوله هو الصحيح) احترازعن طريقة الكرخي وهي أن الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول هو الصحيح لان المشترى اذا كان منكوحة الوكيل أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشترى لكان ذلك وأجيب بأن نفوذ العتق يقتضي ملكا مستقرا فان في الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها فأجاز المولى صارت الامة مهرا للحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل في ثاني الحال

فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي أبو زيد الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق أبا الحسن

(قوله والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل) أقول قوله للوكيل متعلق بقوله موجبا (قوله فان قيل الى قوله فانه يقول) أقول الضمير في قوله فانه راجع الى أبي طاهر (قوله وهي أن الملك يثبت) أقول وقد سبق آنفا أنه مقتضى القياس (قوله لانه يخالف اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما نص عليه في كتب الاصول والملك الكامل هو الملك المستقر (قوله وقال القاضي الخ) أقول والذي يظهر من كلام المصنف انه اختار قول أبي زيد الا أن يؤول قوله كان أصلا في الحقوق ويحمل على المبالغة في التشبيه (قوله ثم ينتقل الى الموكل من قبله) أقول يعني بأن يوكله

قال العبد الضعيف وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال (وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لان الوكيل فيها سفير محض ألا يرى أنه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو أضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا

فوافق أبا الحسن فى حق الحقوق ووافق أبا طاهر فى حق الحكم وهذا حسن كذا ذكر فى الايضاح والفتاوى الصغرى (قال رضى الله عنه) أى قال المصنف رحمه الله (وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى) أراد به ماذكره فى باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده وان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه كذا فى عامة الشروح قال بعض الفضلاء القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره فى فصل فى البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشترى بعيب الخ أقول الذى يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية فى الكتاب انما هو الذى ذكره الشراح ههنا فان الوكيل اذا اشترى شيأ ثم اطلع على عيب فله أن يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل ثم بعد هذا ان بقى المبيع فى يده يبقى حق الرد له وان لم يبق فى يده بل كان سلمه الى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على اذن الموكل ولما لم يعلم هذا التفصيل ههنا وكان مما يحتاج الى بيانه أحاله المصنف رحمه الله على ما سيذكره فى فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء وأما الذى يذكره فى فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشترى بعيب الخ فمما لا مساس له بما نحن فيه فان حاصل ذلك أنه اذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فان رد عليه بحجة كاملة يرده على الموكل وان رد عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه وهذا أمر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجرى بين الموكل والوكيل ولا شك أن المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد العيب فلهذا لم يعممها الشراح كما توهمه ذلك القائل (قال) أى القدورى فى مختصره (وكل عقد يضيفه) أى يضيفه الوكيل (الى موكله) هذه ضابطة الضرب الثانى أى كل عقد لا يستغنى الوكيل فيه عن الاضافة الى الموكل (كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل) ففرع على ذلك بقوله (فلا يطالب) بصيغة المجهول (وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) أى تسليم المرأة الى زوجها (لان الوكيل فيها) أى فى هذه العقود (سفير محض) أى معبر محض حاك قول الموكل ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير (ألا يرى انه) أى الوكيل (لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل) كيف (ولو أضافه الى نفسه كان النكاح) مثلا (له) أى للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه (فصار كالرسول) يعنى اذا كان الوكيل فى هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول فى باب البيع ونحوه ولا شك أن الحكم فى الرسالة يرجع الى المرسل دون الرسول (وهذا) يعنى كون الحقوق فى هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل وهذا على ما هو دأب المصنف رحمه الله فى كتابه هذا من أنه يقول بعد ذكر دليل على مدعى وهذا لان الخ ويريد به ذكر دليل آخر لمى بعد أن ذكر دليلا إنيا فههنا لما بين إنية كون الحقوق فى هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير

فى حق الحقوق وأبا طاهر فى حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا حسن قال المصنف (وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره) وأراد به ماذكره فى باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قال (وكل عقد يضيفه الى موكله الخ) هذه ضابطة الضرب الثانى كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان أضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق كما فى الضرب الاول قال المصنف (وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه) يعنى أن السبب فى هذه العقود اسقاط فيتلاشى ومعنى الاسقاط فى غير النكاح ظاهر وأما فيه فلان الاصل فى محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور الا أن الشرع أثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفى ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره ولقائل أن يقول ليس الكلام فى نقل

(قال المصنف وفى مسئلة العيب الى قوله واذا اشترى الوكيل الخ) أقول القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره فى فصل البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده الخ (قوله لكونهن من بنات آدم) أقول منقوض بالتوكيل بشراء العبد و بيعه فتأمل فى الفرق

الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب أنا قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل أو يثبت له خلافة

اعتبار التوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبار العبارة

لان الحكم فيها لا يقبل الانفصال عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من أخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار

مستغن عن اضافة العقد الى الموكل أراد أن يبين لميته أيضا بقوله (لان الحكم فيها) أي في هذه العقود (لا يقبل الفصل عن السبب) حتى لم يدخل فيها خيار الشرط اذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تقبل ذلك (لانه) أي لان السبب في هذه العقود (اسقاط) أي من قبيل الاسقاطات أما في غير النكاح فظاهر وأما في النكاح فلان محل النكاح الانثى من بنات آدم وهن في الاصل خلقن حرائر والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك على من اتصف بها الا أن الشارع أثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النسل فكان ذلك اسقاطا لمعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرية بطريق الاصالة كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل كذا ذكر في الكافي واذا كان السبب في هذه العقود اسقاطا (فيتلاشى) أي فيضمحل (فلا يتصور صدوره) أي صدور السبب بطريق الاصالة (من شخص وثبوت حكمه لغيره) كما في الضرب الاول (فكان سفيرا) أي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا فان قلت ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا في الضرب الاول ان الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبار التوكيل السابق وتتعلق الحقوق بالوكيل اعتبار العبارة وههنا اذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها لاسقاط فاما أن يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه أشار بقوله فكان سفيرا (والضرب الثاني) وهو كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله (من أخواته) أي من أفراده التي بينهن أخوة أي مشاركة في الحكم (العتق على مال) قوله والضرب الثاني مبتدأ موصوف وقوله من اخواته خبر مقدم لمبتدأ ثان وهو قوله العتق على مال والجملة أعني المبتدأ الثاني مع خبره خبر للمبتدأ الاول فحاصل المعنى ومن أخوات الضرب الثاني العتق على مال قال بعض الفضلاء في تفسير كلام المصنف ههنا أي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من أخواتها العتق على مال وقال انما فسرنا به لان العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من أخواته أقول لا يذهب على ذي مسكة أن التفسير الذي ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية أصلا فكيف يحمل المعنى عليه وأما كون العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته فانما يتم في اعتبار الاخوة بين الضرب الثاني ومشمولاته وليس ذلك من ضرورات كلام المصنف ههنا لانه يجوز أن يكون اضافة الاخوات الى ضمير الضرب الثاني لكونها من أفراده ويكون التعبير عنها بالاخوات للتنبيه على مشاركتها في الحكم كما أشرنا اليه في تفسير قوله من أخواته نعم المتبادر من الاضافة اعتبار الاخوة بين المضاف والمضاف اليه كما في نظائره لكن قرينة المقام صارفة عنه الى ما قلنا فتدبر (والكتابة) عطف على العتق على مال داخل في حكم الكلام السابق وكذا قوله (والصلح على الانكار) وانما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لانها من الاسقاطات دون المعاوضات أما العتق على مال والكتابة فلان البدل فيهما بمقابلة ازالة الرق وفك الحجر وأما الصلح على الانكار فلان البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة وافتداء اليمين قال العلامة النسفي في الكافي والحقوق في كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال والكتابة والصلح عن انكار يتعلق بالموكل دون الوكيل انتهى

وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتأخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للاسقاط فاما أن يبقى الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه أشار بقوله فكان سفيرا ولله دره على فضله وتنبهه للطائف العبارات جزاه الله عن الطلبة خيرا قال (والضرب الثاني من أخواته الخ) أي ومن أخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فيضيف الى موكله والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات

(قوله ان الحكم ينتقل الى الموكل) أقول هذا على قول الكرخي (قوله أو يثبت له خلافة) أقول هذا على قول أبي طاهر الدباس (قال المصنف والضرب الثاني الخ) أقول والضرب مبتدأ والجملة التي بعده يعني قوله من اخواته الخ خبره (قوله والضرب الثاني) أي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من اخواته وانما فسرناه لأن العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من أخواته كما لا يخفى

(وأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع) وهو الصلح عن اقرار (فهو من الضرب الاول) لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان أو يتصدق بماله أو يقرضه أو يعيردابته أو يودع متاعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمر به جاز على الموكل باضافته اليه مثل أن يقول وهبه لك موكلى أو رهنه وليس للوكيل الرجوع فى الهبة ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه قال المصنف رحمه الله (لان الحكم فيها) يعنى فى الصور المذكورة (يثبت بالقبض والقبض يلاقى محلا مملوكا للغير) فالحكم يلاقى محلا مملوكا للغير فقوله (فلا يجعل أصيلا) مقتضاه أصيلا فى الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا للغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض أولى لضعفها فى العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فان الحكم والحقوق ترجع الى الموكل دون الوكيل أما اذا قبض الموكل فلا اشكال وأما اذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهى تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه

فأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير أيضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقى محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا

اليمين فى حق المدعى عليه (فأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول) أراد بالصلح الذى هو جار مجرى البيع الصلح عن اقرار فيما اذا كان عن مال بمال فانه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع وأما اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان على بعض مايدعيه من الدين فهو من الضرب الثانى وان كان عن اقرار لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المصنف رحمه الله فى باب التبرع بالصلح والتوكيل به من كتاب الصلح أقول فبهذا ظهر أن ماوقع ههنا فى الشروح من تفسير الصلح الذى هو جار مجرى البيع بالصلح عن اقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير فى تعيين المرام وتحقيق المقام كيف ولو كان ذلك كافيا ههنا لما بدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير (والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير أيضا) وتفسير هذا ماذكره فى الايضاح حيث قال ولو وكل وكيلا بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره اياه أو يودعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره فهو جائز على الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شئ من ذلك الى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه لان أحكام هذه العقود انما تثبت بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلا لانه أجنبى عن المحل الذى يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك انتهى وأشار المصنف رحمه الله الى التعليل المذكور فيه أيضا بقوله (لان الحكم فيها) أى فى العقود المذكورة (يثبت بالقبض) أى بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهما (وانه) أى القبض (يلاقى محلا مملوكا للغير) أى لغير الوكيل فالحكم أيضا يلاقى محلا مملوكا للغير الوكيل وهو الموكل (فلا يجعل) أى الوكيل (أصيلا) لكونه أجنبيا عن ذلك المحل بخلاف التصرفات التى تقوم بالقول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره فان الوكيل يجب أن يكون أصيلا فيها لانه أصل فى التكلم وكلامه مملوك له قال صاحب العناية فقوله فلا يجعل أصيلا مقتضاه أصيلا فى الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بأن الحكم اذا لاقى محلا مملوكا للغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض أولى لضعفها فى العلية انتهى أقول ما استشكاله بشئ ولا دفعه أما الاول فلانه اذا ثبت أن الوكيل فى هذه العقود لم يجعل أصيلا فى الحكم ثبت أيضا ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق

(قوله هو جار مجرى البيع الخ) أقول فيه بحث فانه ليس كل صلح عن اقرار جار مجرى البيع لما سيجئ أن كل شئ وقع الصلح عليه وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فتفسيره به ليس بجيد (قوله أو يرهنه فقبض الوكيل) أقول زيادة من عنده مخلة فان الحكم كذلك وان لم يقبض الوكيل (قال المصنف لان الحكم فيها يثبت بالقبض) أقول أى قبض الوكيل وفيه بحث بل المراد قبض الموهوب له وأشباهه (قوله فقوله فلا يجعل الى قوله ويدفع ذلك بأن الحكم) أقول اذا لم يكن أصيلا فى حق الحكم لا يكون أصيلا فى حق الحقوق والوكيل فى الضرب الاول أصيل فى حق الحكم ويثبت للموكل خلافة عنه فكان أصيلا فى حق الحقوق فلا حاجة الى ماذكره مع توجه المنع الى ما أشار اليه من حديث الاولوية بل لك أن تمنع صحة القياس فضلا عن الاولوية اذ ليس العلة فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها الا التلاشى ولزم كونه اسقاطا لا ضعف العلية والتلاشى ههنا مفقود فأين الجامع (قوله لضعفها فى العلية) أقول الضمير فى قوله لضعفها راجع الى العبارة

(وكذا) اذا وكل بعقد (الشركة أو المضاربة) كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة (قوله الا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم انى أعيد لك ههنا ما ذكرته فى أول كتاب الوكالة وأزيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه أمر بالتصرف فى مال الغير وانه لا يجوز وورد بالتوكيل بالشراء فانه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير وأجيب بان محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه وأورد بانه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل وأجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل (٣٢) والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فى ذلك فان قيل فليكن فى الاستقراض كذلك فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة اذ لم يكن فيها بدل فى الذمة فلو اعتبرناها محلا له فى الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء فى الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف فى شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله أعلم بالصواب

وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل

بالوكيل فى هذه العقود اذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل فى الضرب الاول ثبوت الحكم الذى هو الملك للموكل خلافة عن الوكيل وهذا انما يكون بأن يجعل الوكيل أصيلا فى الحكم فاذا لم يجعل فى العقود المذكورة أصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها وأما الثانى فلان الباعث على انتقال الحقوق الى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس الا كون السبب اسقاطا متلاشيا والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الاسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الاولوية وأما الضعف فى العلية فان كان له مدخل فانما هو فى حق نفس ثبوت الحكم لا فى حق الانتقال فتأمل (وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس) يعنى اذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بأن وكله بالاستيهاب أو الاستعارة أو الارتهان أو غير ذلك يكون الوكيل سفيرا أيضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لانه يضيف العقد الى موكله وفى العناية أما اذا قبض الموكل فلا اشكال وأما اذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهى تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه انتهى (وكذا الشركة والمضاربة) يعنى اذا وكل بعقد الشركة أو المضاربة يكون الوكيل سفيرا أيضا وتتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل اذ لا بد له من اضافة العقد الى موكله حتى لو أضافه الى نفسه يقع عنه لا عن موكله (الا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس (حتى لا يثبت الملك للموكل) فللوكيل أن يمنع الذى استقرضه من الآمر ولو هلك هلك من ماله قال صاحب العناية واعلم أنى أعيد لك ههنا ما ذكرته فى أول كتاب الوكالة وأزيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله تعالى وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه أمر بالتصرف فى مال الغير وانه لا يجوز وورد بالتوكيل بالشراء فانه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير وأجيب بأن محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه وأورد بانه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل وأجيب بأن ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل

(قوله وورد بالتوكيل بالشراء الخ) أقول هذا نقض اجمالى ويمكن أن يجاب عنه بأن يقال ان أراد أنه أمر بقبضه قبل العقد فليس كذلك وان أراد أنه أمر بقبضه بعد العقد فسلم ولكن ليس حينئذ ملك الغير ولا كذلك فى والجواب
الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد فليتأمل (قوله وأجيب بأن محله الخ) أقول منع لجريان الدليل مستندا بأن محله الخ (قوله وأورد بأنه هلا جعل الخ) أقول فتكون الصغرى ممنوعة مع السند (قوله وأجيب بأن ذلك الخ) أقول يؤول الى ابطال السند ثم أقول سيجىء التفصيل المتعلق بالوكالة بالشراء وان الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح وكيفية تصحيحه من الشارح فى الدرس الثانى من فصل البيع فراجعه (قوله باقامة الموكل) أقول مضاف الى الفاعل (قوله فالجواب الى قوله خلفا عن البدل الخ) أقول وفيه نظر فانه لو سلم ما ذكره من قصة الخلفية فانما هى خلف عن بدل يصلح أن يكون محل التوكيل لا مطلقا والبدل فى الاستقراض لا يصلح لذلك فلا يلزم الاجتماع المحذور فليتأمل

والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيها بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد والله تعالى أعلم بالصواب الى هنا كلامه أقول فيه بحث أما أولا فلان الدليل الذي ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندي لان التصرف في ملك الغير والامر به انما لا يجوز لو كان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير أو أمر بغصبه وأما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا ألا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذي هو ملك المقرض ويتصرف فيه وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك المعير ويستعمله ولا خلاف لاحد في جواز ذلك والظاهر أن التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف في ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغي أن يجوز أيضا وأما ثانيا فلان ما ذكره في الرد له بالتوكيل في الشراء من أنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح اذ لا نسلم أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع بل هو أمر بايجاد العقد وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الامر بالشراء أمرا بقبض المبيع سلمنا أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع أيضا لكنه أمر به بعد ايجاد العقد لا قبله كما لا يخفى والمبيع بعد ايجاد العقد ملك المشتري لا ملك الغير بخلاف الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما صرحوا به فالصواب في تمشية النقض بالتوكيل بالشراء أن يقال انه أمر بتملك المبيع الذي هو ملك الغير كما ذكر في الذخيرة وغيرها وأما ثالثا فلانه ان أراد بقوله في الجواب عن النقض المذكور أن محله هو الثمن في ذمة الموكل أن محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لان نفس الثمن انما هو محل التوكيل بايفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه وان أراد بذلك أن محله هو ايجاب الثمن في ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله في ذمة الموكل والمصرح به في الذخيرة وغيرها فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الايراد الآتي فان معناه حينئذ هو أنه هلا جعل محله في الاستقراض أيضا ايجاب البدل في ذمة الموكل ولا يتيسر الجواب عنه بان ذلك محل ايفاء القرض لان محل ايفائه هو نفس البدل لا ايجابه في ذمة الموكل بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر في الذخيرة وغيرها من أن البدل في باب القرض انما يجب في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر بالقبض أولا حتى يستقيم الامر بايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير وأما رابعا فلان قوله في الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل غير تام فانه ان قال الوكيل بالاستعارة ان فلانا أرسلني اليك يستعير منك كذا وقال الوكيل بالاتهاب ان فلانا أرسلني اليك يتهب منك كذا فانهما في هذه الصورة كانا متصرفين في عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل أخرجاه مخرج الرسالة والكلام هنا في حكم الوكالة دون الرسالة فان الرسالة صحيحة في الاستقراض أيضا حتى ان الوكيل بالاستقراض لو أخرج كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا أرسلني اليك ليستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل ولا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيرها وان قال الوكيل بالاستعارة أستعير منك كذا لفلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب أتهب منك كذا لفلان الموكل فانهما في هاتيك الصورة جريا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين

بخلاف الرسالة فيه

في عبارة الموكل أصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما بل انما تكلما بكلام أنفسهما الا أنهما أضافا العقد الى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني فأين يمشي القول بان محل التوكيل فيهما عبارة الموكل على أن ذلك القول منه يخالف صريح ما ذكر في الذخيرة وارتضاه كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من أن الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل وأما خامسا فلان قوله فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشئ لان اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه انما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات وأما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية ههنا وأيضا استحالة اجتماع الاصل والخلف انما تقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفا عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقا فلم لا يجوز أن تعتبر محلا للتوكيل في الاستقراض أيضا لضرورة صحة العقد وان لم تجعل خلفا عن بدل ألا يرى أنها اعتبرت محلا للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه فتأمل وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل ان العبارة للوكيل والمحل الذي أمره بالتصرف ملك الغير فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل قلت هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع أن الموكل أمره بالتصرف في ملك الغير وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل بل معناه أن الوكيل بالاستقراض اذا أضاف العقد الى نفسه وقال أقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا أضاف العقد الى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال أرسلني فلان اليك يستقرض كذا فحينئذ يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل أن يمنع الموكل عنه فافهمه ففيه غنى عن تطويل لا طائل تحته انتهى كلامه أقول وفيه بحث اذ لا شك أن معنى قول المصنف وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس أن الوكيل ههنا سفير أيضا لا تتعلق حقوق العقد به بل بموكله لاضافته العقد الى موكله دون نفسه وان قوله الا أن التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح ولو كان معنى كلام المصنف ههنا ما فهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى اذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فان كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك اذا أضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل تبطل الوكالة ويكون ما أخذه لنفسه لا لموكله لان هذه العقود كلها من الضرب الثاني ومن شرط هذا الضرب أن يضيف الوكيل العقد الى موكله فاذا انتفى بطلت الوكالة قطعا ولعمري ان هذا الشارح قد هرب ههنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الاولى حتى أفسد معنى كلام المصنف بالكلية قال المصنف (بخلاف الرسالة فيه) أي في الاستقراض فانها تصح قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما اذا استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني اليك فلان يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض أي المرسل وقال الامام الزيلعي في التبيين وعن أبي يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز

(بخلاف الرسالة) فانها تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني اليك فلان ويستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل

(قوله قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح الخ) أقول بخلاف التوكيل بالاستعارة والاتهاب حيث لا يلزم فيهما التبليغ على وجه الرسالة وفيه بحث فانه قال في الخانية ان وكل بالاستقراض ان أضاف الوكيل الاستقراض الى الموكل فقال ان فلانا استقرض منك كذا أو قال أقرض فلانا كذا كان القرض للموكل وان لم يضف الاستقراض الى الموكل يكون القرض للوكيل انتهى (قوله الا اذا بلغ على سبيل الرسالة) أقول تصحيحا لكلام العاقل بقدر الامكان يحمل توكيله على الرسالة مجازا فليتأمل

قال (واذا طالب الموكل المشترى بالثمن الخ) اذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه اياه لانه أجنبى عن العقد وحقوقه لما تقدم أن الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشترى الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل أن يطالب به ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه فلا فائدة فى الاسترداد منه ثم فى الدفع اليه وهذا فى غير الصرف وأما فى الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض (قوله ولهذا) توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشترى على الموكل دين وقعت المقاصة ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو أبرآه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشترى بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده أجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن يبرئ المشترى بغير عوض فكذا بعوض

قال (واذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه اياه لانه أجنبى عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق الى العاقد (فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيا) لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة فى الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الابراء عنه عندهما

(قال) أى القدورى فى مختصره (واذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه اياه) أى فللمشترى أن يمنع الثمن من الموكل (لانه) أى الموكل (أجنبى عن العقد وحقوقه لما) تقدم (أن الحقوق تعود الى العاقد) فى البيع وأمثاله ولهذا اذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح وان نهاه الموكل عن ذلك لا يصح واذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذن الوكيل (فان دفعه اليه) أى ان دفع المشترى الثمن الى الموكل (جاز) يعنى ومع ذلك لو دفع المشترى الثمن الى الموكل جاز دفعه اليه استحسانا فالفاء فى قوله فان دفعه للعطف لا للسببية ولكن لو بدلت بالواو لكان أحسن كما لا يخفى (ولم يكن للوكيل أن يطالبه به) أى بالثمن (ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه) أى حق الموكل وان كانت مطالبته حق الوكيل (وقد وصل اليه) أى وقد وصل حق الموكل الى نفسه (فلا فائدة فى الاخذ منه) أى من الموكل (ثم فى الدفع اليه) أى الى الوكيل واعلم ان هذا فى غير الصرف وأما فى الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع فى الصرف بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل أشير الى هذا فى الذخيرة وذكر فى الشروح (ولهذا) أى ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل (لو كان للمشترى على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل) حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ من الثمن وهذا لان المقاصة ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولو أبرآه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشترى بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذا ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء آخر فان الوكيل يقضى للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم نحتج الى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة فقد أثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشترى بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لاثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه أولى كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ولما استشعر أن يقال المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان للمشترى دين على الوكيل وحده أجاب بقوله (وبدين الوكيل اذا كان وحده) ان كان (تقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد لما أنه) أى الوكيل (يملك الابراء عنه) أى عن المشترى (عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد يعنى انه ان كان تقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده فلما أن الوكيل يملك الابراء بغير عوض عن المشترى عندهما فيملك

(قال المصنف ان كان يقع المقاصة الخ) أقول قوله ان للوصل فى قوله ان كان قال فى النهاية قوله ان كان يقع المقاصة الخ يعنى اگرچه دين مشترى بدين وكيل مقاصه ميشود وقتى كه تنها دين وكيل بود سبب آن كه وكيل ابراء مشترى وأما الكسب تردايشان ولكن وقتى كه مشترى را بر موكل وبر وكيل دين بود دين مشترى بل با دين موكل مقاصه شود و بدين وكيل انتهى وأنت خبير بان الحق أن يقول موضع قوله ولكن وقتى كه الخ ولكن وكيل ضامن ميشود هر موكل را بخلاف وكيل فافترقا ليطابق الشرح المشروح

ولكنه يضمنه للموكل فى الفصلين

﴿باب الوكالة بالبيع والشراء﴾

﴿فصل﴾ فى الشراء

المقاصة أيضا لانه ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض (ولكنه يضمنه) أى ولكن الوكيل يضمن الثمن (للموكل فى الفصلين) أى فى فصل الابراء والمقاصة بخلاف المكل فانه لا يضمن لأحد فى شئ من الفصلين فافترقا وقال أبو يوسف لا يجوز ابراء الوكيل استحسانا لان الثمن فى ذمة المشترى ملك الموكل فابراء الوكيل تصرف فى ملك الغير على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشترى ووجه أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل ألا ترى أن الموكل لا يمنعه عن ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو فى الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه ثم انه لما أسقط حق القبض انسد على الموكل باب الاستيفاء اذ ليس له حق القبض فصار ضامنا له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه كذا فى المبسوط فان قيل ينبغى أن لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذى يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لانه خالف الموكل لانه انما وكله ببيع يصل اليه ثمنه وههنا لا يصل قلت ان لم يصل اليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الآمر عندهم جميعا لان الآمر يملك ابراء المشترى عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الابراء بعوض بطريق الاولى كذا فى الذخيرة

﴿باب الوكالة بالبيع والشراء﴾

(فصل فى الشراء)

قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات كذا فى الشروح أقول هذا الذى ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جدا بل هو أمر وهمى لا تحقيق لأن الشراء كما ينبئ عن اثبات الملك فى المبيع ينبئ أيضا عن ازالة الملك عن الثمن وان البيع كما ينبئ عن ازالة الملك عن المبيع ينبئ أيضا عن اثبات الملك فى الثمن وعن هذا قالوا ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه فهما سيان فى الانباء عن الاثبات والازالة وان وجه بان الاصل والعمدة فى عقد المبايعة هو المبيع فيكفى انباء الشراء عن الاثبات والبيع عن الازالة بالنظر اليه قلنا لاشك أن ثبوت ملك المشترى فى المبيع ليس بمتقدم على زوال ملك البائع عنه والا يلزم أن يجتمع فى كل مبيع فى آن واحد هو قبيل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشترى ولا يخفى بطلانه فتعين أن ثبوت الملك وزواله فى البيع والشراء انما يتحققان معا بالنسبة الى الشخصين وأما قضية كون الازالة بعد الاثبات فانما تجرى فى محل واحد بالنسبة الى شخص واحد فهى بمعزل عما نحن فيه فالاظهر أن الوجه فى تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه فى تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر أبواب الوكالة من كونه أكثر وقوعا وأمس حاجة فان أكثر الناس يوكل الآخر بالشراء فى

الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره أن يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا أن الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا أسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا فان قيل كان الواجب أن لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه وأجيب بأن فى المقاصة وصولا متقدما ان كانت بدين الموكل ومتأخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز

﴿باب الوكالة بالبيع والشراء﴾

﴿فصل فى الشراء﴾

قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء

ما كله

(قوله لكنه يضمن للموكل فى الابراء والمقاصة) أقول فافترقا (قوله والجواب القول بالموجب الخ) أقول لعل هنا مسامحة

﴿باب الوكالة فى البيع والشراء﴾

﴿فصل فى الشراء﴾

(قال ومن وكل رجلا بشراء شئ فلا بد من تسمية جنسه وصفته

ما كله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الامور المهمة التي قلما يخلو الانسان في أوقاته من الاحتياج اليها وقلما يقدر على أن يتولى شراءها بنفسه بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن وكل رجلا بشراء شئ) أي شئ غير معين لان في المعين لا يحتاج الى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح (فلا بد من تسمية جنسه) كالعبد والجارية فان العبد جنس عند أهل الشرع وكذا الجارية باعتبار اختلاف الاحكام (وصفته) أي نوعه على ما سيأتي في كلام المصنف كالتركي والهندي قال صاحب العناية فيحتاج الى تعريف الجنس والنوع فقيل الجنس هو ما يدخل تحته أنواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وذكر في الفوائد الظهيرية محالا الى أهل المنطق الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لم يأت بشئ يعرف به ماهو المراد بالجنس والنوع ههنا لان الذي ذكره أولا لا حاصل له بل هو أمر مبهم متناول لامور كثيرة غير مرادة بالجنس والنوع ههنا قطعا والذي ذكره ثانيا لا يدل بابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعا ما ذكروه من أمثلة الجنس والنوع وقال صاحب العناية وأراد بالجنس النوع لا مصطلح أهل المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ماهو والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ماهو أو أراد مصطلح أهل النحو وهو ما علق على شئ وعلى كل ما أشبهه ويجوز أن يريد بالجنس ما يندرج تحته أشخاص وقدم بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى أقول كل واحد من المعاني الثلاثة التي جوز كونها مرادة بالجنس ههنا منظور فيه أما الاول فلانه ان أراد بالنوع في قوله وأراد بالجنس النوع المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن من الاجناس الشرعية ما ليس بنوع عند أهل المنطق كالعبد والجارية فانهما ليسا نوعين عندهم بل هما عندهم من أصناف نوع الانسان وان أراد بذلك النوع اللغوي بمعنى القسم يلزم أن يدخل فيه جميع الانواع الشرعية بل أصنافها أيضا فان كل واحد منها قسم مما هو الاعم منه فلا يتميز الجنس الشرعي عن النوع الشرعي وما دونه فيختل معنى المقام وأما الثاني فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح أهل النحو في اسم الجنس وحاصله ما علق على شئ لا بعينه كما ذكره في باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الاجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق فان كل واحد منها مما يجمع الاجناس الشرعية كما سنحرره ويصدق أيضا على ما تحت الاجناس الشرعية من الانواع الشرعية وما دونها فلا يتميز الجنس الشرعي حينئذ من غيره فيختل معنى المقام وأما الثالث فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح حكماء يونان في الجنس على ما نقل عن أبي علي بن سينا يصدق على كل مفهوم كلي يندرج تحته أشخاص فيعم ما فوق الاجناس الشرعية وما تحتها من الانواع الشرعية وأصنافها فلا يتميز الجنس الشرعي حينئذ عن غيره أيضا فيختل معنى المقام وقال صاحب العناية والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ماهو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ماهو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف انتهى أقول لا يخفى على العارف بالفقه أن ما قاله صاحب العناية أقرب الى ضبط ماهو المراد من الجنس والنوع عند أهل الشرع لكن فيه أيضا اشكال لانه ان أراد بالصنف في قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن الحمار نوع عند أهل الشرع على ما يجيء في الكتاب مع انه ليس بصنف منطقي بل هو نوع عند أهل المنطق

وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات قال (ومن وكل رجلا بشراء شئ الخ) اذا وكل رجلا بشراء شئ بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته أي نوعه

(قوله وقدم فصل الشراء لانه ينبئ الخ) أقول ولان الوكالة بالشراء أكثر وقوعا وأمس حاجة من التوكيل بالبيع ألا ترى أن أكثر الناس يوكل ولده أو خادمه بشراء الخبز واللحم وغيرهما كل يوم مرات ولا كذلك بالبيع (قال المصنف وصفته) أقول أي نوعه كما سيفسرها به بعد أسطر

أوجنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة فى جواب ماهو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة فى جواب ماهو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضى كالتركى والهندى والمراد ههنا بالجنس ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف فمن وكل رجلا بشراء شئ فاما أن يكون معينا أولا والاول لاحاجة فيه الى ذكر شئ والثانى لابد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل أن يقول عبدا هنديا أو تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل أن يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف أو الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الاتيان بما أمر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب أن الفعل الموكل به فى هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل أن يقول ابتع لى ما رأيت فانه فوض الامر الى رأيه فأى شئ يشتريه يكون ممتثلا ويقع عن الآمر

(قوله والمراد ههنا بالجنس ما يشمل أصنافا الخ) أقول سواء كان نوعا أو أخص منه كالرقيق (قوله وبالنوع الصنف) أقول فيه بحث لان الحمار نوع وليس بصنف منطقى (قوله والاول لاحاجة فيه الى ذكر شئ) أقول من الجنس والنوع والثمن صريحا ولا بد من ذكر بعضها صريحا النوع فى الثانى فلا يرد أن يقال فى الثانى لا تمس الحاجة الى تسمية الجنس لما سيجيء انه اذا سمى نوع الدابة تصح الوكالة فان عمم الذكر الضمنى أيضا يقال الجنس والنوع مذكوران ضمنا فى الاول فليتأمل

أوجنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار (الا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لى ما رأيت) لانه فوض الامر الى رأيه فأى شئ يشتريه يكون ممتثلا

أيضا وان أراد بذلك الصنف اللغوى بمعنى الضرب والقسم يرد عليه أن الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لانه ضرب من الانسان وليس بنوع عند أهل الشرع بل هو عندهم مما يجمع الاجناس الشرعية كالعبد والجارية على ما صرح به وان العبد والجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه (أو جنسه ومبلغ ثمنه) أى أو تسمية جنسه ومقدار ثمنه (ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار) أى فيمكن الوكيل الامتثال لامر الموكل فان ذكر الجنس مجردا عن الصفة أو الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الاتيان بما أمره الموكل به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب أن الفعل الموكل به فى هذا القسم ليس هو الشراء بل هو شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه كذا فى العناية أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الفعل الموكل به فى هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع كيف ومعنى الدليل المذكور أنه لو لم يسم الموكل بشراء شئ نوعه مع جنسه أو مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل الموكل به معلوما فلم يمكن للوكيل الائتمار بما أمر به وعلى هذا لا يحتمل أن يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين لكونه خلاف المفروض وان أراد أن الفعل الموكل به فى هذا القسم شراء نوع ما من أنواع جنس فهو مسلم لكن يرد عليه الاعتراض بأن الفعل الموكل به حينئذ معلوم وهو شراء نوع ما من جنس فاذا اشترى الوكيل أى نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤتمرا بما أمر به ويمكن الجواب بأن الفعل الموكل به حينئذ وان كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا الى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز أن يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس فاذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل الائتمار بأمره على وفق مراده فمعنى كلام المصنف ليصير الفعل الموكل به معلوما على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الائتمار بأمره على وفق ذلك ويرشد اليه قوله فيما سيأتى فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (الا أن يوكله وكالة عامة) استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه يعنى اذا وكله وكالة عامة (فيقول ابتع لى ما رأيت) فلا يحتاج الى ذكر شئ منها (لانه) أى الموكل فى هذه الصورة (فوض الامر الى رأيه) أى الى رأى الوكيل (فأى شئ يشتريه يكون ممتثلا) لامر الموكل فيقع عنه اعلم أن الجهالة ثلاثة أنواع فاحشة وهى جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهى تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهى جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروى والمروى فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه ولنا انه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولم يبين صفتها ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا وفى اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهى بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد أو شراء أمة أو دار فان بين الثمن أو النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة

(والاصل أن الجهالة اليسيرة متحملة فى باب الوكالة استحسانا) والقياس يأباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأن يجعل الوكيل كالمشترى لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفى ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذلك فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ماذكره (لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفى اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج) فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذلك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة فذلك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة وان بين الجنس بأن ذكر لفظا يدل على أنواع مختلفة فان ضم الى ذكره بيان النوع أو الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشترلى ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة بين الثمن أولا للجهالة الفاحشة فان الدابة فى الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفى العرف ينطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع أجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو فى معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن واذا قال اشترلى عبدا أو جارية لا يصح لان ذلك يشمل أنواعا فان قال عبدا تركيا أو حبشيا أو مولدا وهو الذى ولد فى الاسلام أو قال جارية هندية أو رومية أو فرسا أو بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة

والاصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفى اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو فى معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن) لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن أو النوع) لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركى أو الحبشى أو الهندى أو السندى أو المولد جاز

النوع وان لم يبين الثمن أو النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال كذا ذكر فى الكافى أخذا من المباسيط والجوامع فأراد المصنف أن يشير الى هذه الانواع الثلاثة من الجهالة وان يبين حكم كل واحد منها فى باب الوكالة فقال (والاصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانا) هذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة وانما قيد بالاستحسان لان القياس أن لا تتحمل الجهالة فى الوكالة وان قلت بناء على أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع أو الشراء ألا يرى أنا نجعل الوكيل كالمشترى لنفسه ثم كالبائع من الموكل فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه ووجه الاستحسان ماذكره بقوله (لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفى اعتبار هذا الشرط) يعنى اشتراط بيان الوصف أو اشتراط عدم الجهالة اليسيرة (بعض الحرج وهو مدفوع) شرعا بالنص (ثم ان كان اللفظ) أى لفظ الموكل (يجمع أجناسا) كالدابة والثوب (أو ما هو فى معنى الاجناس) كالدار والرقيق (لا يصح التوكيل وان بين الثمن) هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة وانما كان الحكم فيها كذلك (لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس) أى يوجد فرد من كل جنس (فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة) فالوكيل لا يقدر على الامتثال (وان كان) أى اللفظ (جنسا يجمع أنواعا) كالعبد والامة (لا يصح) أى التوكيل (الا ببيان الثمن أو النوع) هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وانما كان الحكم فيها كذلك (لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال) أى امتثال أمر الآمر (مثاله) أى مثال هذا النوع من أنواع الجهالة وانما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لان مثال ذينك النوعين سيأتى فى أثناء مسئلة الجامع الصغير بخلاف هذا النوع وهذا سر تفردت ببيانه (اذا وكله) أى اذا وكل رجل رجلا (بشراء عبد أو جارية لا يصح) أى لا يصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ (لانه يشمل أنواعا) أى لان هذا اللفظ يعنى لفظ عبد وجارية يشمل أنواعا فلا يدرى المراد (فان بين النوع كالتركى أو الحبشى أو الهندى أو السندى أو المولد) وفى المغرب المولدة التى ولدت ببلاد الاسلام (جاز) أى التوكيل

(قال المصنف والاصل فيه أن الجهالة الخ) أقول والاكتفاء بمعلومية الجنس والنوع أو الجنس ومبلغ الثمن على ما علم فيما تقدم من قوله ليصير الفعل الخ (قوله فلو اعتبرناه لكان الى قوله خلف باطل) أقول فيه شئ (قوله وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك) أقول يعنى فكذلك جازت الوكالة (قوله فيتعذر الامتثال) أقول وان بين الثمن (قوله الا اذا وصفها) أقول مع ذكر الثمن

وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة أوجارية بألف صحت لان

وكذا اذا بين الثمن لماذكرناه ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة فى الكتاب النوع (وفى الجامع الصغير ومن قال لآخر اشترلى ثوبا أودابة أودارا فالوكالة باطلة) للجهالة الفاحشة فان الدابة فى حقيقة اللغة اسم لمايدب على وجه الارض وفى العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لايصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ماهو فى معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال (قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه

وكذا اذا بين الثمن لماذكرناه) أراد به قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشايخ ان كان يوجد بماسمى من الثمن من كل نوع لايصح ببيان الثمن مالم يبين النوع كذا فى الذخيرة (ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة) وهى (الجودة والرداءة والسطة) أى الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ فى أن التاء فى آخرها عوضت عن الواو الساقطة من أولها فى المصدر والفعل من حد ضرب (جاز) أى التوكيل (لانه) أى هذا القدر من الجهالة (جهالة مستدركة) أى يسيرة فلايبالى بها (ومراده) أى مراد القدورى (من الصفة المذكورة فى الكتاب) أى فى مختصره (النوع) ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وماصرح به فى كتب سائر المشايخ (وفى الجامع الصغير ومن قال لآخر اشترلى ثوبا أودابة أودارا فالوكالة باطلة) أى وان بين الثمن كماذكر فيمامر ولمابطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كماصرح به فى نسخ الجامع الصغير فقال رجل أمر رجلا أن يشترى له ثوبا أودابة فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة (للجهالة الفاحشة فان الدابة فى حقيقة اللغة اسم لمايدب على وجه الارض وفى العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا) يعنى أن لفظ الدابة سواء حمل على اللغة أوعلى العرف قد جمع أجناسا فكانت الجهالة فيه فاحشة (وكذا الثوب) أى هو أيضا يجمع أجناسا (لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء) أى من الاعلى الى الادنى فكانت الجهالة فيه أيضا فاحشة (ولهذا لايصح تسميته) أى تسمية الثوب (مهرا) فان الجهالة الفاحشة تبطل التسمية فى باب المهر أيضا (وكذا الدار تشمل ماهو فى معنى الاجناس) يعنى أن الدار وان لم تجمع أجناسا حقيقة الا انها تجمع ماهو فى معنى الاجناس (لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال) أى يتعذر الامتثال لامر الآمر بشراء الاشياء المذكورة لتفاحش الجهالة قال (وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) أى التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير قال المصنف (معناه) يعنى معنى جنس الدار فى قوله ووصف جنس الدار (نوعه) فحينئذ تلحق بجهالة النوع وهى جهالة يسيرة لاتمنع صحة الوكالة كمامر قال صاحب النهاية وتقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بأن يشترى له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ثم قال وان سمى الثمن جاز لان بتسمية الثمن تصير معلومة عادة وان بقيت جهالة فهى يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشايخنا يقولون فى ديارنا لايجوز الا ببيان المحلة انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كماهو دأبه فى أكثر المواضع وأنا أقول فى تحقيق المقام انما حمل المصنف الجنس الواقع فى عبارة الجامع الصغير ههنا على النوع لئلايختل معنى المقام فانه لوأجرى الجنس ههنا على معناه الظاهر كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر الى مسئلة الدار ومخلا بالنظر الى مسئلة الثوب أما الاول فلأن الموكل اذا سمى ثمن الدار يلغو هنالك وصف جنسها اذلا مدخل لوصف الجنس فى رفع الجهالة وانما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن أو ببيان النوع كماتقرر فيمامر قبل وأما الثانى فلان الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى ان وصف الموكل جنس الثوب جاز

بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلايمتنع الامتثال وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع أو الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة أى الجودة والرداءة والسطة وفائدة ذكر الجامع الصغير بيان اشتمال لفظه على أجناس مختلفة كماأشرنا اليه

(قال المصنف وان سمى ثمن الدار الى قوله جاز معناه نوعه) أقول وفى شرح الجامع الصغير للامام التمرتاشى ولو قال اشترلى حمارا أوفرسا أوثوبا يهوديا أوهرويا صح التوكيل وان لم يبين الثمن لان هذه جهالة يسيرة يمكن دركها بحال الآمر ولو قال اشترلى جارية أوعبدا أولؤلؤة أودارا ان بين الثمن صحت الوكالة والا فلا لان جهالة هذه الاشياء أكثر من جهالة الفرس وأقل من جهالة الثوب فان بين الثمن ألحق بجهالة الفرس وان لم يبين ألحق بجهالة الثوب انتهى ولايخفى عليك مخالفة المذكور فى الهداية لمافى هذا الكتاب ثم أقول ويحتمل أن يكون الواو فى قول المصنف ووصف جنس الدار بمعنى أو حتى لايخالف مافى سائر الكتب كالكافى وغيره ثم الموافق لكلامه السابق ابقاء الواو على معناه فليتأمل

وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا أو نحوه (قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) استحسانا والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ماذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء

التوكيل ولا صحة له على تقدير ان كان الجنس يجرى على معناه الظاهرى لان الثوب من قبيل ما يجمع أجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهى لا ترتفع وان بين الثمن فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس وأما اذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى فى مسئلة الثوب بلا غبار اذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التى تمنع صحة الوكالة قطعا وانما يبقى الكلام فى مسئلة الدار فانها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع مع أن تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع فى رواية المبسوط بل فى رواية عامة الكتب فتصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز فى المسائل الشرعية فيجوز أن يكون الامر ههنا أيضا كذلك فيكون مدار رواية الجامع الصغير على أن الجهالة فى الدار فاحشة كما بينه المصنف ومدار رواية تلك الكتب على أن الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا به ثم انا ان جعلنا وصف النوع فى حق الدار بيان المحلة صار ماذكره فى الجامع الصغير عين ماقاله المتأخرون من مشايخنا وكان موافقا لما ذكر فى كثير من الكتب فتأمل قال المصنف (وكذا اذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارا ونحوه) أى يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وان لم يبين الثمن وبه صرح فى المبسوط لان الجنس صار معلوما بتسمية النوع وانما بقيت الجهالة فى الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل الحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضى أو الوالى اذا أمر انسانا بشراء حمار ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الاذنين لا يجوز عليه بخلاف ما لو أمره الفاليزى بذلك كذا فى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح أقول بقى ههنا كلام وهو أن ماذكره المصنف ههنا مخالف لما ذكره فى باب المهر فى مسئلة التزوج على حيوان غير موصوف حيث قال هنالك معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوجها على فرس أو حمار انتهى فقد جعل الحمار هنالك جنسا وههنا نوعا والتوجيه الذى ذكره صاحب العناية هنالك من أنه أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح أهل المنطق ليس بجيد اذ قد صرح المصنف ههنا بأن الحمار نوع ولا شك أن مراده بالنوع ههنا ما هو مصطلح الفقهاء والا لازم بيان ثمن الحمار أيضا وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء أيضا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) وانما قيد بدفع الدراهم الخ لانه اذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشترلى طعاما لم يجز على الآمر لانه لم يبين له المقدار وجهالة القدر فى المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له كذا فى الكافى وغيره وماذكر فى الكتاب استحسان (والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة) أى لحقيقة الطعام (كما فى اليمين على الاكل) يعنى اذا حلف لا يأكل طعاما يحنث بأكل أى طعام كان (اذ الطعام اسم لما يطعم) بحسب الحقيقة (وجه الاستحسان ان العرف أملك) أى أقوى وأرجح بالاعتبار من الحقيقة (وهو) أى العرف (على ماذكرناه) أى على الحنطة ودقيقها (اذا ذكر) أى الطعام (مقرونا بالبيع والشراء) يعنى أن العرف فى شراء الطعام انما يقع على الحنطة ودقيقها وبائع الطعام فى الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا فى المبسوط وقال فى الكافى ولهذا لو حلف لا يشترى طعاما لا يحنث الا بشراء البر

قال (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى بها طعاما الخ) ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا يأكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم (وجه الاستحسان أن العرف أملك) أى أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس والعرف فى شراء الطعام أن يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف أهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام أما فى عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه

(قوله وأرجح بالاعتبار من القياس) أقول الاولى أن يقال من الحقيقة

وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهره يدل على أن ماذكره أولا مطلق أي سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول أبي جعفر

الهندواني ولكن ذكر في النهاية أنه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله قال في المبسوط بعد ماذكر ما قلنا ثم ان قلت الدراهم فله أن يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة وأقول في تحقيق ذلك العرف ينصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك و يصرفه الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك

ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق

ودقيقه (ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع) أي فبقي الطعام في حق الاكل على الوضع والحقيقة ولهذا يحنث في اليمين على الاكل بأكل أي مطعوم كان قالوا هذا الذي ذكر في شراء الطعام من انصرافه الى الحنطة ودقيقها انما هو عرف أهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام وأما في عرف غيرهم فينصرف الى شراء كل مطعوم وقال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وغيرها (وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق) هذا بظاهره يدل على أن ماذكره أولا مطلق أي سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الذي ذكره ثانيا وعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني كما ذكره الصدر الشهيد في أول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير وعزاه الامام قاضيخان في فتاواه الى شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده ولكن قال صاحب النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول واليه أشار في المبسوط والذخيرة فقال في المبسوط بعد ذكر ما قلنا ثم ان قلت الدراهم فله أن يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة وذكر في الذخيرة واذا وكل رجلا بأن يشتري له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا و ينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف الا الخبز فالتوكيل ينصرف الى الخبز الى آخره ثم قال قال القدوري اذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم أن مراده من التوكيل الخبز وان كثرت الدراهم فاذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر الى ههنا كلام صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل رأي صاحب النهاية ههنا من أن المعبر عنه بقيل غير مخالف للاول بل هو داخل فيه وأقول في تحقيق ذلك العرف ينصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك و يصرفه الى خلاف ما حمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك انتهى وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة ولا يذهب عليك أن ماذكره بقوله أقول هو ما في الذخيرة بعينه انتهى وأقول لا يذهب على المتأمل في كلام صاحب العناية أن نسبته الى نفسه ليست بمحل التعجب لانه أراد بيان وجه ماذكر أولا من أصل المسئلة و بيان طريق دخول ماذكر ثانيا بقيل في الاول و بيان التوفيق بين ماذكره القدوري وبين ماذكر ههنا بقيل وفي الذخيرة بتحكيم الدراهم وقصد افادة هذه المعاني

(قوله وأقول في تحقيق ذلك العرف ينصرف الخ) أقول نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة فقال بعد نقل كلام المبسوط وذكر في الذخيرة واذا وكل رجلا بأن يشتري له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا و ينصرف التوكيل الى الثلاثة الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف الا الخبز الخ فالتوكيل ينصرف الى الخبز ولا يذهب عليك أن ماذكره بقوله أقول هو ما في الذخيرة بعينه (قوله الى الحنطة ودقيقها) أقول الاولى أن يقول وخبزها أيضا

قال (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده) لانه من حقوق العقد وهى كلها اليه (فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه) لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على مامر

بقيل داخل فى الاول وقد ذكر فيه الخبز أيضا دون الاول وكيف يصح ماذكر فى التحقيق المزبور من أن الدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها تعين أفراد ما عينه العرف والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ماذكر فيه لا يقال يجوز أن يدرج الخبز فى الحنطة ودقيقها المذكورين أو أن يجعل فى حكمهما فيكتفى بذكرهما عن ذكره لانا نقول لا مجال لشئ من ذلك لانهم جعلوا الخبز قسيما للحنطة ودقيقها فى الذكر والحكم حيث قالوا ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فانى يتيسر ذلك ثم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها فى الذخيرة فى أصل المسئلة وبيان تحكيم الدراهم كما مر تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية فحينئذ لا اشكال ولكن الكلام فى تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثانى داخلا فى الاول فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب) أى فللوكيل أن يرد ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه (مادام المبيع فى يده لانه) أى الرد بالعيب (من حقوق العقد) أى من حقوق عقد الشراء (وهى كلها اليه) أى الحقوق كلها ترجع الى الوكيل فى مثل هذا العقد (فان سلمه الى الموكل) أى فان سلم الوكيل المبيع الى الموكل (لم يرده الا باذنه) أى لم يرده على البائع الا باذن الموكل (لانه انتهى حكم الوكالة) أى انتهى حكم الوكالة بتسليمه الى الموكل فخرج من الوكالة وانقطع حقه (ولان فيه) أى فى الرد بالعيب بعد التسليم الى الموكل (ابطال يده) أى يد الموكل (الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه) أى باذن الموكل الذى هو صاحب اليد الحقيقية (ولهذا) أى ولاجل كون الحقوق كلها الى الوكيل كذا قيل فى كثير من الشروح أقول فيه نظر لان هذا التفسير انما يتم بالنظر الى قول المصنف فيما سيأتى قبل التسليم الى الموكل لا بالنظر الى قوله لا بعده كما لا يخفى مع ان كلا منهما فى حيز هذا التفريع كما ترى فالحق فى التفسير أن يقال أى لما ذكرنا من الادلة على جواز الرد فى صورة وعدم جوازه فى أخرى (كان) أى الوكيل (خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع) اذا ادعى حق الشفعة فى المشترى (وغيره) أى وغير الشفيع كمن يدعى الاستحقاق فى المشترى من حيث الملك (قبل التسليم الى الموكل) متعلق بقوله كان خصما اى كان الوكيل خصما لذلك المدعى قبل التسليم الى الموكل (لا بعده) أى لم يكن خصما له بعد التسليم اليه (قال) أى القدورى فى مختصره (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) يعنى اذا وكل شخصا أن يعقد عقد الصرف أو يسلم فى مكيل مثلا ففعل جاز (لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به) دفعا للحاجة (على مامر) فى أول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره قال جمهور الشراح يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لا تجوز مع أن المسلم اليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز فنهم من لم يجب عنه ومنهم من أجاب عنه فقال صاحب غاية البيان فجوابه أن القياس أن لا يملكه المسلم اليه أيضا لكونه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم وما ثبت بخلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص فلم يجز توكيله غيره أو نقول جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر أثره فى التوكيل ولم يرد نقضا على الكلى الذى قاله

ماوكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما أن يكون المشترى بيده أو دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له أن يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهى كلها اليه وان كان الثانى لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة ولان فى الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه (ولهذا) أى ولكون الحقوق كلها اليه (كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره) كالمستحق (قبل التسليم الى الموكل) قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم الخ) اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف أو يسلم فى مكيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على مامر فى أول كتاب الوكالة ولو وكله بأن يقبل السلم

(قوله ولهذا أى ولكون الحقوق كلها اليه) أقول الشارح تبع فى هذا التفسير الاتقانى وفيه بحث فان الاولى أن يقول أى لما ذكر من الادلة على جواز الرد قبل التسليم وعدم جوازه بعده الا باذنه اذ لا يتفرع قوله لا بعده على ماذكره مع انه مذكور فى حيز التفريع ولتفطنه على ذلك لم يذكر الشارح قوله لا بعده بخلاف الاتقانى فليتأمل

لا يجوز لان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لأن من باع ملك نفسه العين على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك فى الديون واعترض بأن قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب أن يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبأن التوكيل بالشراء جائز لامحالة والثمن يجب فى ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز أن يكون المال للمسلم اليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه وأجيب عن الاول بأن الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الآمر به وعن الثانى بأن كلامنا فيما اذا كان المبدل فى ذمة شخص وآخر يملك بدله وماذكرتم ليس كذلك فان الموكل فى الشراء يملك المبدل ويلزم البدل فى ذمته فان قيل فاجعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له كما فى صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق فى ذلك بين أن يضيف العقد الى نفسه أو الى الآمر لاطلاق مايدل على بطلانه ولابد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم فى المجلس فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق أو ممن لا يتعلق به كالصبى والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما

ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز

القدورى لان تملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا تقدح فى القواعد وقال هذا ما سنح به خاطرى فى هذا المقام وقد تبعه صاحب العناية فى كلا وجهى جوابه ولكنه أجملهما أقول فى كل احدمنهما نظر أما فى الاول فلانه منقوض بعقد الاجارة مثلا لانه كما يجوز أن يباشره الانسان بنفسه يجوز أن يوكل به غيره بلا خلاف مع أنه ثابت أيضا على خلاف القياس بالنص كما سيأتى فى أول كتاب الاجارة ثم ان الظاهر أن مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافى الاقتصار على مورد النص كما أن جوازه فى عقد الاجارة لم يناف الاقتصار على مورد النص لاجل ذلك وأما فى الثانى فلانه مع انتقاضه أيضا بمثل عقد الاجارة يرد عليه أن فى التوكيل أيضا ضرورة دفع الحاجة سيما اذا كان الموكل مريضا أو شيخا فانيا أو نحو ذلك فيكون الثابت بالضرورة مقدرا بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم اليه أيضا لا يقال انما جاز بيع المعدوم فى عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن لا لمطلق الضرورة والذى يتحقق فى التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل الى العمل لا غير لانا نقول بل يتحقق فى التوكيل عند الحاجة اليه ضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن أيضا مع زيادة فان المفلس العاجز عن المباشرة بنفسه اذا لم يقدر على توكيل غيره بقبول السلم تشتد حاجته الى الثمن قال المصنف (ومراده التوكيل بالاسلام) أى مراد القدورى بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام وهو توكيل رب السلم غيره بان يعقد عقد السلم ولفظ الاسلام انما يستعمل من جانب رب السلم يقال أسلم فى كذا اذا اشترى شيئا بالسلم (دون قبول السلم) أى ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم اليه (لان ذلك) أى لان التوكيل بقبول السلم (لا يجوز فان الوكيل) حينئذ (يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أى الموكل (وهذا لا يجوز) لان من باع ملك نفسه من الاعيان على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك فى الديون نص على ذلك محمد فى باب الوكالة بالسلم من البيوع واذا بطل التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه كذا فى المبسوط وغيره فان قيل قد يجوز التوكيل بشئ يجب فى ذمة الغير كما فى التوكيل بالشراء فان الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب فى ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على أن يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين فى ذمة المسلم اليه كالثمن فى ذمة المشترى قلنا بين الدينين فرق فان المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز هنا كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقال

(قال المصنف فان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أقول لان الحقوق ترجع اليه فيكون الطعام دينا فى ذمته كما أن الثمن يكون دينا فى ذمة الوكيل بالشراء فليتأمل فانا لا نسلم أن الثمن دين فى ذمة الوكيل (قوله فلم لا يجوز أن يكون المال الخ) أقول يعنى أن يكون الثمن (قوله وبالنص على خلاف القياس) أقول المراد من النص هو ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم كما مر فى أول باب السلم (قوله فالجواب هو الجواب عن السؤال الخ) أقول جواب بتغيير الدليل واعتراف بعدم تمام الدليل الاول

صاحب

(فان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض) قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وهذا مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد

(قوله بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع بعض فى النسخ بخلاف الرسولين أى الرسول فى باب الصرف والرسول فى باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين فى الصرف والرسول من الجانبين فى السلم أى من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك الرسول ومعناه أن الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه

(فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولا يعتبر مفارقة الموكل) لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول

صاحب العناية فى الجواب عن السؤال المذكور ان كلامنا فيما اذا كان المبدل فى ذمة شخص وآخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك المبدل و يلزم البدل فى ذمته وقال فان قيل فاجعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له كما فى صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا انتهى كلامه أقول انه عدل ههنا عن نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن أفسد لان مآل جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذى ذكره المصنف والمصير الى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الاول الذى حاصله ان جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة فيقتصر على مورد النص و يتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى الى الآمر به والدليل الذى ذكره المصنف مما تلقته السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق الخلاص عن السؤال المذكور بالجواب الذى ذكره غيره على أن الجواب عن السؤال الاول قد عرفت عدم تمامه بما أوردنا عليه فيما قبل (فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) هذا لفظ القدورى فى مختصره أى ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذى عقد معه قبل القبض بطل العقد (لوجود الافتراق من غير قبض) يعنى أن من شرط الصرف والسلم قبض البدل فى المجلس فاذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد قال صاحب النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا فى مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل كذا ذكره الامام خواهر زاده قال الزيلعى فى التبيين وهذا مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر انتهى (ولا تعتبر مفارقة الموكل) أى لا تعتبر مفارقته قبل القبض (لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه) أى قبض الوكيل بدل الصرف (وان كان لا يتعلق به الحقوق) أى وان كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد (كالصبى والعبد المحجور عليه) لان القبض فى الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد أقول لو قال المصنف فى أثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه والقبض منه لكان أولى وأليق اذ لا يخفى أن المدعى ههنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لبابى الصرف والسلم كما أن قوله فيما قبله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما والدليل الذى ذكره ههنا خاص بباب الصرف لان التوكيل فى باب السلم انما يصح من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما مر والوكيل من جانب رب السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرنا فتدبر (بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه ومعناه أن الرسول اذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفى بعض النسخ بخلاف الرسولين أى الرسول فى باب الصرف والرسول فى باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين فى الصرف والرسول من الجانبين فى السلم أى من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب

(قوله وهو مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع الخ) أقول وهذا الاشكال توارد على الزيلعى أيضا ونص عبارته قال فى النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا فى مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهر زاده وهذا مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر ثم ذكر فيه بعده بأسطر فقال المعتبر بقاء المتعاقدين فى المجلس وغيبة الموكل لا تضره وعزاه الى وكالة المبسوط واطلاقه واطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا وان كان حاضرا انتهى وعليك بالتأمل (قوله لانه كما لا يجوز الى قوله فكذلك الرسول) أقول لعموم الدليل لنفى الرسالة أيضا كما يفهم من قوله لاطلاق ما يدل على بطلانه فليتأمل والمراد من الدليل فى قولنا لعموم الدليل الخ قوله ما ثبت ضرورة أو على خلاف القياس لا يتعدى

لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح (قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل) لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل

المسلم اليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا في الشروح (لان الرسالة في العقد لا في القبض) وذلك لان الكلام ههنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في بابي الصرف والسلم ورسالة الرسول في العقد انما تثبت في العقد لا في القبض لان القبض خارج عن العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيه هذا وقال صاحب العناية في توضيح قوله لان الرسالة في العقد لا في القبض والالكان افتراقا بلا قبض وفصل بعض الفضلاء مراده بأن قال فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة انتهى أقول فيه بحث لان هذا انما يفيد أن لا تكون الرسالة في القبض فقط لا أن لا تكون في العقد والقبض معا وبدون دفع هذا الاحتمال أيضا لا يتم المطلوب ههنا كما لا يخفى ي تأمل (وينتقل كلامه الى المرسل) أي وينتقل كلام الرسول في العقد الى المرسل (فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح) أي لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به أقول ههنا اشكال وهو أن الرسالة في السلم انما تجوز من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما عرفته فيما على ما صرحوا به فالمراد بالرسول في باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ولا شك أن وظيفة رب السلم هي العقد وتسليم رأس المال لا قبضه الذي هو من شرط عقد السلم وانما القبض وظيفة المسلم اليه فلا يتم الكلام بالنظر الى الرسول في باب السلم كما لا يخفى ثم ان هذا الاشكال ظاهر على نسخة بخلاف الرسولين وهي نسخة أطبق عليها الشراح حتى ان صاحبي النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكرا النسخة الاخرى أصلا وصاحب غاية البيان جعلها أصلا وذكر الاخرى نسخة وفسر كلاهم الرسولين بالرسول في الصرف والرسول في السلم وأما على نسخة بخلاف الرسول فكذلك ان جعل الرسول عاما للرسول في الصرف والرسول في السلم كما ذهب اليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول في الصرف والرسول في السلم وكما أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال بخلاف الرسول أي في الصرف والسلم انتهى وأما اذا جعل مخصوصا بالرسول في الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لمتعلقه وهو قوله فيصح قبضه فان المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به أكثر الشراح فيرتفع الاشكال (قال) أي القدوري في مختصره (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع) لم يكن متبرعا (فله أن يرجع به) أي بالثمن (على الموكل لانه انعقدت بينهما) أي بين الوكيل والموكل (مبادلة حكمية) أي بيع حكمي فصار الوكيل كالبائع من الموكل قال صاحب غاية البيان في تعليل هذا لان الملك ينتقل الى الوكيل أولا ثم ينتقل منه الى الموكل انتهى أقول هذا شرح الكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه لان انتقال الملك أولا الى الوكيل ثم الى الموكل طريقة الكرخي والمصنف قد اختار فيما مر طريقة أبي طاهر وقال هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخي كما صرح به الشراح قاطبة هناك ومنهم هذا الشارح وطريقة أبي طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله فالوجه أن يحمل مراد المصنف ههنا أيضا على ذلك فان الملك وان ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبي طاهر الا انه يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب اليه الشافعي ولا يخفى أن هذا القدر كاف في انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وان لم يكن كافيا في المبادلة الحقيقية (ولهذا) أي ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما (اذا اختلفا في الثمن يتحالفان) والتحالف من خواص المبادلة (ويرد الموكل بالعيب على الوكيل) أي واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري رده على الوكيل وهذا أيضا من خصائص المبادلة لا يقال ماذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها لانا نقول هذا دليل إنى

(لان الرسالة في العقد لا في القبض) والالكان افتراق بلا قبض واذا كانت فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله) اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية أي صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت أماراتها فانهما اذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري رده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة فان قيل ماذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع المختص بأصل وجوده يدل على وجود أصله فلا امتناع في كونه دليلا وانما الممتنع كونه علة لا صله واذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل

(قوله والالكان افتراق الخ) أقول فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة (قوله أي صار الوكيل كالبائع من المشتري) أقول الظاهر أن يقال كالبائع من الموكل

وقدسلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقدعلمه الموكل يكون راضيا بدفعه من ماله (فان هلك المبيع فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده (وله أن يحبسه حتى يستوفى الثمن) لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه

لا دليل لمى فلا ينافى الفرعية تأمل (وقدسلم المشترى للموكل) أى والحال انه قدسلم المشترى للموكل (من جهة الوكيل فيرجع عليه) أى فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن والحاصل أنه لما كان الموكل كالمشترى من الوكيل وقدسلم المشترى للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا (ولان الحقوق) دليل آخر (لما كانت اليه) أى لما كانت راجعة الى الوكيل (وقدعلمه الموكل) أى علم رجوعها اليه (فيكون) أى الموكل (راضيا بدفعه) أى بدفع الثمن (من ماله) أى من مال الموكل وتحقيقه أن التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير أمر الموكل والامر ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم أن الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم انه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضيا بذلك آمرا به دلالة (فان هلك المبيع فى يده) أى فى يد الوكيل (قبل حبسه) أى قبل حبس الوكيل المبيع (هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) أى لم يسقط عن الموكل هذا لفظ القدورى يعنى أن هلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه اياه لا يسقط الرجوع على الموكل (لان يده) أى يد الوكيل (كيد الموكل فاذا لم يحبسه) أى الوكيل (يصير الموكل قابضا بيده) أى بيد الوكيل فالهلاك فى يد الوكيل كالهلاك فى يد الموكل فلا يسقط الرجوع (وله) أى الوكيل (أن يحبسه) أى يحبس المبيع عن الموكل (حتى يستوفى الثمن) سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع أولم يدفع كذا فى الشروح نقلا عن المبسوط قال فى الذخيرة لم يذكر محمد فى شئ من الكتب أن الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى أن يستوفى الدراهم منه وحكى عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى أن له ذلك وأنه صحيح لان حق الحبس للوكيل فى موضع نقد الثمن لاجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى وقال صاحب غاية البيان قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفى عليه هذا وقدصرح محمد فى الاصل فى باب الوكالة فى الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له عبدا بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن فى قول أبى حنيفة وان كان الوكيل نقد الثمن أولم ينقد فهو سواء الى هنا لفظ محمد فى الاصل انتهى قال المصنف (لما بينا أنه) أى الوكيل (بمنزلة البائع من الموكل) أشار به الى قوله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشترى بقبض الثمن فكذا للوكيل وهذا لا يفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع أولا (وقال زفر ليس له ذلك) أى ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن (لان الموكل صار قابضا بيده) أى بيد الوكيل يعنى أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه فى يد الوكيل كهلاكه فى يد الموكل (فكأنه سلمه اليه) أى فكان الوكيل سلم المبيع الى الموكل (فيسقط حق الحبس) تشريحه أن يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع فى يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع فى يده حكما (قلنا) لنا طريقان فى الجواب عنه مدار أحدهما تسليم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ومدار الآخر منع ذلك فأشار الى الاول بقوله (هذا) أى هذا القبض (مما لا يمكن التحرز عنه) يعنى سلمنا أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن

بغير اذن الموكل والاذن ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم أن الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك آمرا به دلالة وهلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك فى يد الوكيل كالهلاك فى يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل أن يحبسه حتى يستوفى الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا لا فصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع أولا وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه اليه والحبس فى السلم غير متصور وانما فى ذلك طريقان أحدهما أن يقال التسليم الاختيارى يسقط حق الحبس لان المبادلة تقتضى الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه

(قوله وتحقيقه ان التبرع الى قوله ههنا دلالة) أقول الاظهر تبديل الآذن بالآمر ألا يرى الى قوله آمرا به (قوله والحبس فى السلم غير متصور) أقول يعنى غير متصور شرعا (قوله لأن المبادلة تقتضى الرضا الخ) أقول فيه تأمل

لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس مالم يقبض ولا يمكن أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس والثانى أن يقال ان قبض الوكيل فى الابتداء متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه وانما يتبين أحدهما بحبسه فكان الامر فيه موقوفا فى الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا للموكل وان حبسه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان (٣٨) الرهن عند أبى يوسف يعتبر الاقل من قيمته ومن الثمن فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبى حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان أو كثيرا وضمان الغصب عند زفر يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته أكثر زفر يقول منعه حقه بغير حق لما ذكرنا أن قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (ولهما) أى لابى حنيفة ومحمد (أن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل) كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس وأجيب بأنه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان وأما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبه الرسول فهلك عنده أمانة

فاشبه

فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه (فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه

هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس مالم يقبض ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل فى الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له الى التحرز عنه واذا كان كذلك (فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس) وأشار الى الطريق الثانى بقوله (على أن قبضه موقوف) يعنى على أنا لا نسلم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل فى الابتداء موقوف أى متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لاحياء حق نفسه وانما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه (فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه) يعنى ان لم يحبسه عن الموكل عرفنا أنه كان عاملا للموكل فيقع له وان حبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا لنفسه وأن الموكل لم يصر قابضا بقبضه (فان حبسه) أى حبس الوكيل المبيع (فهلك) أى المبيع (كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف) يعنى يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة (وضمان المبيع عند محمد) يعنى يسقط به الثمن قليلا كان أو كثيرا وهذا الذى ذكره القدورى فى مختصره ولم يذكر فيه قول أبى حنيفة كما لم يذكر فى المختلف والحصر وغير ذلك ولكن قال الشيخ أبو نصر البغدادى ذكر فى الجامع قول أبى حنيفة مثل قول محمد فلذلك قال المصنف (وهو) أى قول محمد (قول أبى حنيفة) ولم يقل رأسا وضمان المبيع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما هو اللائق المعتاد فيما اذا اتحد قولهما (وضمان الغصب عند زفر) يعنى يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت قال فى العناية فلا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل اذا كانت قيمته أكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكر فى أكثر الشروح وقال الشارح تاج الشريعة فيرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته أكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية وهو الظاهر عندى على قول زفر تأمل تقف (لانه) أى الحبس (منع بغير حق) لما مر أن قبض الوكيل قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (لهما) أى لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه) أى الوكيل (بمنزلة البائع منه) أى من الموكل كما تقدم (فكان حبسه لاستيفاء الثمن) اذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن (فيسقط) أى الثمن (بهلاكه) أى بهلاك المبيع واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس وأجيب بأنه اذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان وأما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله

(قوله والثانى أن يقال الخ) أقول جواب بمنع قوله لأن الموكل صار قابضا بيده كما أن الاول جواب بعد تسليمه (قوله ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر) أقول مخالف لشرح الوقاية لصدر الشريعة قال فيه وان كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة فيطالب الخمسة من الموكل انتهى أراد بقوله بالعكس أن تكون القيمة عشرة والثمن خمسة عشر (قوله وليس له حق الحبس فيه صار غاصبا) أقول الاظهر أن يقال فصار غاصبا

(ولابى يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن) لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ماهو كذلك فهو معنى الرهن لامعنى البيع فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا الاثبات مدعاه وقوله (بخلاف المبيع) لنفى قولهما يعنى أن المشترى ليس كالمبيع ههنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا لاينفسخ أصل البيع يعنى الذى بين الوكيل وبائعه وأجاب المصنف بقوله قلنا ينفسخ فى حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ فى حق البائع ومثله لايمتنع كما لووجد الموكل عيبا بالمشترى فرده ورضى به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل قيل وهذا مغالطة على أبى يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض فى يد البائع وبين هلاكه فى يد الوكيل بعد الحبس ففى الاول ينفسخ البيع وفى الثانى لاوانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لايدل على انفساخه من الاصل اذا هلك فى يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع وانه كما ترى فاسد لانه اذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد بائع ليس بوكيل فاستويا فى وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تأملت حق التأمل وجدت ماذكر من جانب أبى يوسف غلطا أومغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشترى وبائعه لايلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما قال (واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم الخ) وكل رجلا بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما أن يكون ذلك اللحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم أو مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول

ولابى يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لاينفسخ أصل العقد قلنا ينفسخ فى حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به (قال واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم

فأشبه الرسول فهلك عنده أمانة كذا فى العناية أقول لقائل أن يقول كما أنه يشبه الرسول يشبه البائع أيضا لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر فان لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما اذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان فى هذه الصورة كما لايخفى وان جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار فى هذه الصورة فمع عدم ظهور علة الاسقاط فيها يلزم أن لايتمشى فيها ماذكر فيما سبق من تعليل مسئلة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما اذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع أن تلك المسئلة شاملة لصورتى الحبس وعدم الحبس وعلة انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتأمل (ولابى يوسف أنه) أى الهالك (مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن) أى بعد أن لم يكن مضمونا لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ماهو كذلك فهو بمعنى الرهن أشار اليه بقوله (وهو الرهن بعينه) يعنى هو بمعنى الرهن وهذا لاثبات مدعاه وقوله (بخلاف المبيع) لنفى قولهما يعنى أن المشترى المحبوس ههنا ليس كالمبيع (لان البيع ينفسخ بهلاكه) أى بهلاك المبيع (وههنا لاينفسخ أصل العقد) يعنى الذى بين الوكيل وبائعه وأجاب المصنف عنه بقوله (قلنا ينفسخ) أى العقد (فى حق الموكل والوكيل) وان لم ينفسخ فى حق البائع والوكيل ومثله لايمتنع (كما اذا رده الموكل بعيب) أى اذا وجد الموكل عيبا بالمشترى فرده الى الوكيل (ورضى الوكيل به) فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وان لم ينفسخ بينه وبين بائعه قال صاحب غاية البيان وهذه مغالطة على أبى يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض فى يد البائع وبين هلاكه فى يد الوكيل بعد الحبس ففى الاول ينفسخ البيع وفى الثانى لاوانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لايدل على انفساخه من الاصل اذا هلك فى يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك وانه كما ترى فاسد لانه اذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد بائع ليس بوكيل فاستويا فى وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تأملت وجدت ماذكر من جانب أبى يوسف غلطا أومغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشترى وبائعه لايلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما يعنى غلطا أومغالطة (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم) أى اذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوى قيمته درهما وانما قيد به لانه اذا كانت عشرة أرطال منه لاتساوى

(قوله لنفى قولهما) أقول يعنى صريحا (قوله يعنى ان المشترى) أقول أى المشترى المحبوس كما يدل عليه كلام الاتقانى (قوله فرده ورضى به) أقول يعنى رده على الوكيل (قوله فى يد الوكيل بعد الحبس) أقول وكذلك لاينفسخ اذا هلك قبل الحبس فلا يكون كالمبيع مطلقا

لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل أي في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور لابي يوسف أن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال والوكيل لم يخالفه فيما أمره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شئ لاسيما اذا زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبد بألف فباعه بألفين ولابي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فظن أن ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما أمره به فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمأمور به وفيه بحث من وجهين الاول يجب أن لا يلزم الآمر شئ من ذلك لان العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا لانبعاله والثاني أنه اذا أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد (٤٠) منهما يساوي عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع في كل واحد منهما يعني لا يلزم الآمر منهما شئ والمسئلة كالمسئلة ... والقذة بالقذة وأجاب عن الاول الامام حميد الدين بأن في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع الا في ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه وأما فيما نحن فيه فكل قصدي لان أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع فلا يتحقق التضمن في الشراء وعن الثاني صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن قيل يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيبقى حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا أشار في التتمة فقال لاني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط وأما عند غيره فلابد من تعليل آخر ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة ورقة وأجلا كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل خللا

لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه العشرون بدرهم) وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين ولابي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل

درهما نفذ الكل على الوكيل بالاجماع كذا في الذخيرة وسيأتي في الكتاب (لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه العشرون بدرهم) الى هنا لفظ القدوري قال المصنف (وذكر في بعض النسخ) أي في بعض نسخ مختصر القدوري (قول محمد مع قول أبي حنيفة) وقال المصنف (ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل) أي في المبسوط فانه قال في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه واذا وكله أن يشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمأمور لانه أمره بشراء قدر مسمى فاذا زاد على ذلك القدر لم يتناوله أمره فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي يتناوله أمره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء بأقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى (لابي يوسف أنه أمره) أي أن الموكل أمر الوكيل (بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا) يعني أن الوكيل لم يخالف الموكل فيما أمره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع فليس على الوكيل من ذلك شئ سيما اذا زاده خيرا (وصار كما اذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين) حيث جاز ذلك فكذا هذا (ولابي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة) أي بشراء عشرة أرطال لحم (ولم يأمره بشراء الزيادة) وظن أن ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما أمره به (فينفذ شراؤها) أي شراء الزيادة (عليه) أي على الوكيل لكونه غير مأمور به (وشراء العشرة على الموكل) أي وينفذ شراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمأمور به فان

(قوله ولابي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال الخ) أقول يعني لا نسلم أنه أمره بصرف الدراهم الى اللحم فان الشراء جالب للملك فالتوكيل لجلب عشرة أرطال لا لسلب الدرهم الا أنه ظن ان ذلك المقدار يساوي درهما (قوله لم يثبت لعدم التوكيل الخ) أقول لم يثبت على الموكل أو مطلقا الثاني ممنوع والاول لا ينفعه (قوله وأجاب عن الاول الامام حميد الدين الخ) أقول ويجاب أيضا بأن العشرين هنا ثبتت والعشرة داخلة فيه بخلاف الطلاق فانه لا ينفذ على الوكيل لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الامر والموافقة شرط فيه فليتأمل

بخلاف ما استشهد به لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له

قيل ينبغي أن لا يلزم الآمر عنده عشرة بنصف درهم أيضا لأن هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما إذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا تبعا له قلنا ذاك مسلم في الطلاق لأن المتضمن لم يثبت هناك لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لأن المرأة مرأة الموكل لا مرأة الوكيل وأما ههنا فالمتضمن وهو شراء العشرين ثبت من الوكيل لأن الشراء إذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة إلا أن الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة إلى خير فينفذ على الموكل ولأن الثمن يتوزع على أجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصودا فلا يتحقق الضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الإمام المحقق مولانا حميد الدين أقول الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله لأن الثمن يتوزع الخ واضح لا غبار عليه وأما الوجه الأول منه فمشكل لا يعقل إذ بعد الاعتراف بأن الشراء في المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل فكيف يتم القول بأن ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ولا شك أن حكم ما في ضمن الشيء يتبع حكم ذلك الشيء دائما فثبوت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه أيضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ونفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى فإن قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في الذخيرة والتتمة محالا إلى المنتقى وهو أنه إذا أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما وههنا أيضا حصل مقصود الآمر وزاده خيرا ومع ذلك لا ينفذ ما اشتراه على الآمر في شيء منهما فكيف نفذ ههنا شراء العشرة على الموكل قلت يحتمل أن الفرق إنما نشأ من حيث أن اللحم من ذوات الأمثال كما اختاره صاحب المحيط لأنه من الموزونات والأصل في المكيلات والموزونات أن تكون من ذوات الأمثال وهي لا تتفاوت في القيمة إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه لأن الكلام فيما إذا كان اللحم مما يباع عشرة أرطال منه بدرهم فحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أي عشرة شاء بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم والثوبان وإن كانا متساويين في القيمة لكن ذلك إنما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه وإلى هذا أشار في التتمة فقال لأني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن كذا في النهاية قال صاحب العناية بعد أن ذكر هذا الجواب ونسبه إلى صاحب النهاية وهذا لا يتمشى إلا على طريقة من جعل اللحم مثليا وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فإن في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعة وأجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل منه خللا انتهى كلامه (بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين (لأن الزيادة هناك) أي فيما استشهد به (بدل ملك الموكل) ولا يجوز أن يستحقه الوكيل لا بإذن الموكل ولا بغير إذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على أن ثمنه لك لا يصح (فتكون له) أي فتكون الزيادة للموكل قال صاحب العناية ورد بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل أن ذلك قياس

العبد بألف وبيعه بألفين بأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له ورد بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وأقل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف

(قوله والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا) أقول ذكر العدد يكون لمنع الزيادة والنقصان وذلك هو الأصل لأن العدد حاصل في مدلوله على ما عرف في الأصول وقد يكون لمنع النقصان وقد يكون لمنع الزيادة إذا دلت قرينة وفي صورة الوكيل ببيع العبد معلوم أن ذكر العدد لمنع النقصان فقط إذ لا يأبى أحد من زيادة في ماله وفي صورة التوكيل بشراء اللحم لا دليل يدل على الحمل على خلاف الأصل إذ الظاهر أن عشرة أرطال تكفي في مقصوده وماله وهو نصف درهم يبقى له فيحمل عليه فليتأمل (قوله بخلاف اللحم) أقول مخصوص بمثل اللحم مما يسرع

 اليه الفساد ولا يتم ما ليس كذلك من المثليات ثم يجوز أن يبيع بألف وقطعة لحم مثلا فانه يكون للموكل أيضا

بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا بالنفسه بالاجماع لان الآمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه) لانه يؤدى الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل

المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وأقول ذلك أن الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف انتهى كلامه أقول في كل واحد من الرد والجواب شئ فتأمل (بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم) متعلق بأصل المسئلة (حيث يصير) أى يصير الوكيل في هذه الصورة (مشتريا بالنفسه بالاجماع) لوجود المخالفة (لان الامر يتناول السمين وهذا) أى ما اشتراه (مهزول فلم يحصل مقصود الآمر) فلم يكن ذلك له (قال) أى القدورى في مختصره (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له) أى للوكيل (أن يشتريه لنفسه) أى لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهدوا أنى قد اشتريت لنفسي هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا في الشروح نقلا عن التتمة ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى أتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى أو لم ينو قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانه) أى لان الشراء لنفسه (يؤدى الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه) وذلك لا يجوز (ولان فيه) أى في اشترائه لنفسه (عزل نفسه) عن الوكالة (ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل) لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا في العناية وغاية البيان أقول يرد عليه أن العلم بالعزل في باب الوكالة يحصل باسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب ووصوله اليه ومنها ارسال الرسول اليه وتبليغه الرسالة اياه ومنها اخبار واحد عدل أو اثنين غير عدلين بالاجماع واخبار واحد عدلا كان أو غيره عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد صرح بها في عامة المعتبرات سيما في البدائع فاشتراط علم الآخر في صحة فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضى أن لا يملك الوكيل عزل نفسه الا بمحضر من الموكل لان انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا يتم التقريب اللهم الا أن يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر أسباب العلم بالعزل أيضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلا ويحتمل أن يكون السر في اختيار المصنف قوله على ما قيل الايماء الى ذلك فتأمل واعلم أن صاحب البدائع قال في بيان هذه المسئلة الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ثم قال في موضعه وهو فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة ان الوكيل يخرج من الوكالة باشياء منها عزل الموكل اياه ونهيه بان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل بان العزل فسخ فلا يلزم حكمه الا بعد العلم بالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه من العزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب وكذلك لو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا أرسلني اليك يقول انى عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا من كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذى ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل وسفيره فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان وان لم يكتب

وان كان الثاني كان المشترى للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر يتناول السمين والمشترى هزيل فلا يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه الخ) ولو وكله بشراء شئ بعينه لا يصح له أن يشتريه لنفسه لانه يؤدى الى تغرير المسلم لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما تحصل به المخالفة

(قال المصنف ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه) أقول وما سيجيء من أن العزل الحكمي لا يتوقف على العلم فلا تعلق له بما نحن فيه اذ المراد هناك أن العزل الحكمي من الموكل لا يتوقف على علم الوكيل

فاذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه أو لم يسم فاشترى بغير النقود أو وكل رجلا فاشترى وهو غائب يثبت الملك فى هذه الوجوه للوكيل لانه خالف الآمر فينفذ عليه أما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وكذا اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيلا لانه مأمور بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك فى حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا أنكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فانه يقع عن الوكيل لا عن الموكل مع أنه لم يخالف (٤٣) فى المهر المأمور به وأجيب بأن النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث أنكحها من نفسه فان الانكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الى الموكل لا محالة فكانت المخالفة موجودة فوقع عن الوكيل واذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل أن يشترى بالمسمى من الثمن أو بالنقود فيما اذا لم يسم أو اذا اشترى الوكيل الثانى بحضرة الوكيل فينفذ على الموكل لانه اذا حضره رأيه لم يكن مخالفا قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء أو النكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثانى بحضرة الاول أو فعل ذلك أجنبى فبلغ الوكيل فأجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثانى اذا طلق أو أعتق بحضرة الاول لا يقع والرواية فى الذخيرة والتتمة وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الرأى الى الوكيل وتفويض الرأى الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأى ولا حاجة فيهما اذا انفردا عن مال الى الرأى فجعلناها مجازا للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المأمور مأمورا بنقل عبارة الآمر لا بشئ آخر وتوكيل الآخر أو الاجازة ليس من النقل فى شئ فلم يملكه الوكيل وأما فى البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانه يحتاج فيه الى الرأى فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو باجازته

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثانى وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول فى هذه الوجوه لانه خالف أمر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثانى بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا

كتابا ولا أرسل اليه رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل فى قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد العدل مقبول فى المعاملات وان لم يكن عدلا لخبر العدد أو العدل أولى وان أخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر فى قول أبى حنيفة وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر وان كذبه الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك أن بين كلاميه المذكورين فى الموضعين تدافعا فان ما ذكره فى فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح فى صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بحضرة منه أو عزله بغيبته منه ولكن علم العزل بسبب من أسباب شتى على ما فصله وما ذكره أولا من قوله كما لا يملك الموكل عزله الا بحضرة منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل فى صورة ان عزله بحضرة منه كما ترى والعجب أنه أحال الاول على الثانى بقوله على ما نذكره فى موضعه قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا أنكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع أنه لم يخالف فى المهر المأمور به وأجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح لا بد أن يضيف النكاح الى موكله فيقول زوجتك لفلان والموجود فيما اذا أنكحها من نفسه ليس بمضاف الى الموكل فان النكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل بخلاف التوكيل بشراء شئ بعينه فان الموكل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به لا شراء مضاف الى الموكل فاذا أتى بذلك يقع على الموكل (فلو كان الثمن مسمى) يعنى لو وكله بالشراء بثمن مسمى (فاشترى بخلاف جنسه) أى بخلاف جنس المسمى بان سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير (أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود) كالمكيل والموزون (أو وكل) أى الوكيل (وكيلا بشرائه فاشترى الثانى) أى فاشترى الوكيل الثانى وهو وكيل الوكيل (وهو غائب) أى والحال أن الوكيل الاول غائب (يثبت الملك للوكيل الاول فى هذه الوجوه) أى فى هذه الوجوه الثلاثة التى ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى يعنى انما لا يكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه لنفسه اذا لم يوجد أحد هذه الوجوه الثلاثة أما اذا وجد فيكون الشراء للوكيل الاول (لانه) أى الوكيل الاول (خالف أمر الآمر) وهو الموكل أما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وأما اذا اشترى بغير النقود فلان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وأما اذا وكل وكيلا بشرائه فلانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك حال غيبته (فنفذ) أى الشراء (عليه) أى على الوكيل الاول (ولو اشترى الثانى) أى الوكيل الثانى (بحضرة الوكيل الاول نفذ) أى الشراء (على الموكل الاول لانه حضره رأيه) أى رأى الوكيل الاول (فلم يكن مخالفا) أى لم يكن الوكيل الاول مخالفا لامر آمره وذلك لانه اذا كان

(قوله لان المتعارف نقد البلد) اقول والمعروف عرفا كالمشروط شرطا

قال (وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) قال هذه المسئلة على وجوه ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندى بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق

حاضرا يصير كأنه هو المباشر للعقد ألا يرى أن الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فيجعل كأنها هي التي باشرت العقد وكان الاب مع ذلك الرجل شاهدين كذا في المبسوط قيل ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول أو فعل ذلك أجنبي فبلغ الوكيل فاجازه يجوز وبين الوكيل بالطلاق والعتاق فانه لو وكل غيره فطلق أو أعتق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول والرواية في التتمة والذخيرة وأجيب بان العمل بحقيقة الوكالة في التوكيل بالطلاق والعتاق متعذر لان التوكيل تفويض الرأى الى الوكيل وتفويض الرأى الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأى ولا حاجة فيهما اذا انفردا عن مال الى الرأى فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور فيهما مأمورا بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر وتوكيل الآخر أو الاجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل وأما في البيع والشراء وغيرهما فالعمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها انما يحتاج فيه الى الرأى فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو باجازته (قال) أى القدورى في مختصره (وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) الى هنا لفظ القدورى (قال) أى المصنف (هذه المسئلة على وجوه ان أضاف) أى الوكيل (العقد الى دراهم الآمر كان للآمر) هذا هو الوجه الاول من وجوه هذه المسئلة وقال المصنف (وهو المراد عندى بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله) يعنى أن المراد بقول القدورى أو يشتريه بمال الموكل هو الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافة اليه (لان فيه) أى لان في النقد من مال الموكل (تفصيلا) فانه بعد أن يشتريه بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل (وخلافا) فانه اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء فعلى قول محمد العقد للوكيل وعلى قول أبي يوسف يحكم النقد على ما سيجيء (وهذا بالاجماع) أى لو أضاف العقد الى دراهم الآمر يقع له بالاجماع (وهو مطلق) أى قوله أو يشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قال جمهور الشراح في شرح هذا المقام أقول فيه نظر لانهم جعلوا التفصيل المذكور في قول المصنف لان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان كان من دراهم الوكيل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدورى أو يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله انما هو وقوع التفصيل في النقد من مال الموكل لا وقوعه في النقد المطلق اذ لا مساس له بكلام القدورى فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال ثم ان صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور في شرح هذا المقام وزاد اخلالا حيث قال بعد أن ذكر وجوه هذه المسئلة واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد انتهى فان قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد ههنا لانه اذا لم ينو لنفسه فان نوى للموكل لا يعتبر النقد أصلا كما صرح به فلا يصح التفصيل الذى ذكره بقوله ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان لم ينو للموكل أيضا كان له صدق

قال (وان وكله بشراء عبد بغير عينه الخ) اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل وقوله وهذا محتمل يجوز أن يكون مراده النقد من مال الموكل وان تكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المصنف وذلك لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما أن يضيف العقد الى مال الموكل أو الى مال نفسه أو الى دراهم مطلقة

وان أضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة

ذلك التفصيل على قول أبي يوسف رحمه الله فقط اذ على قول محمد يكون العقد حينئذ للوكيل كما يجيء فكان ماذكره صاحب العناية مناسبا للشرح قول المصنف وخلافا للشرح قوله تفصيلا وأيضا انه بعد ما صرح بان التفصيل انما هو في النقد من مال الموكل حيث قال ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلا كيف يتيسر له بيان ذلك التفسير في النقد المطلق بان قال ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له والحاصل أن الركاكة في تقرير صاحب العناية أفحش وأقول الحق في هذا المقام أن المصنف أراد بالتفصيل في قوله لان فيه تفصيلا وخلافا صورتي التكاذب والتوافق وبالخلاف الخلاف الواقع في صورتي التوافق فالمعنى أن في النقد من مال الموكل تفصيلا فانه اذا نقد من ماله فاذا تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع وان توافقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد هو للعاقد وعند أبي يوسف يحكم النقد أيضا وخلافا فانه اذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لاحدهما فعند محمد هو للعاقد وعند أبي يوسف يحكم النقد بخلاف الاضافة الى دراهم الآمر فانه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل كلام القدوري عليها أولى ثم أقول بقي لنا بحث فيما ذهب اليه المصنف ههنا وهو أن فيها خللا بأصل المسئلة فان صورة ان أضاف العقد الى دراهم مطلقة وتكاذبا في النية لا تكون داخلة حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري فيلزم أن يكون العقد في تلك الصورة للوكيل البتة بموجب ما بقي في الكلام بعد الاستثناء مع انه يحكم النقد فيها بالاجماع ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعا وان صورة ان أضاف العقد الى دراهم مطلقة وتوافقا على انه لم تحضره النية لا تكون داخلة أيضا حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور فيلزم أن يكون العقد فيها أيضا للوكيل بموجب ما بقي بعد الاستثناء مع أن فيها خلافا كما سيأتي فيلزم حمل كلام القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقبله المصنف وبالجملة قد هرب المصنف في حل كلام القدوري ههنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى مثل الاولى بل أشد منها خفاء الفائدة فيه ولعل صاحب الكافي تفطن لذلك حيث زاد الاستثناء في وضع المسئلة فقال ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل أو ينقد من ماله وقال فهذه المسئلة على وجوه ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله أو يشتريه بمال الموكل الى آخره (وان أضافه الى دراهم نفسه) أي ان أضاف الوكيل العقد الى دراهم نفسه (كان) أي العقد (لنفسه) هذا هو الوجه الثاني من وجوه هذه المسئلة (حملا لحاله) أي حال الوكيل (على ما يحل له شرعا) تعليل لقوله ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعني أنه اذا أضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغي أن يقع للآمر لانه لو لم يقع للآمر لكان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح أقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر وأما اذا أضاف الى دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر متحد في الصورتين نص عليه في الذخيرة ونقل عنها في النهاية فلا يتم التقريب (أو يفعله عادة) عطف على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وان أضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه يعني أن العادة جرت بأن الشراء اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما أضاف العقد ههنا الى دراهم نفسه وقع له حملا لامره على وفق العادة كذا في النهاية وعليه العامة قال تاج الشريعة بعد أن جرى في شرح كلام المصنف ههنا على الطريقة المذكورة وهي توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ويجوز أن يكون التعليلان للمسئلة الاولى والحكم في المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة

فان كان الاول كان للآمر حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا للدراهم الآمر وان كان الثاني كان للمأمور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد الى غيره شرعا فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والاول أولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا

(قوله لكونه غصبا الخ) أقول قوله لكونه غصبا الخ ممنوع وانما يكون غصبا اذا نقد وليس بلازم (قوله بوقوع الشراء لصاحب الدراهم) أقول قوله لصاحب متعلق بقوله بوقوع (قوله ويجوز أن يكون قوله حملا الخ) أقول حتى لا يلزم الفصل بكلام أجنبي هو قوله أو يفعله الخ بين المعلل وهو قوله على ما يحل له شرعا وتعليله وهو قوله اذ الشراء لنفسه الخ (قوله ويضيف الثمن الى غيره الخ) أقول الاظهر في العبارة ويضيف الى دراهم غيره (قوله والاول أولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني)

أقول فيكون الاول صوابا

اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان أضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل أن كل أحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند أبي يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما

لانه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه وأما العادة فعبارة عن أنه لا يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه وكذا على العكس انتهى وقال صاحب العناية بعد أن سلك الطريقة المذكورة ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الأول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة ثم قال والأول أولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا انتهى أقول ان قول المصنف (اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا) ينادي باعلى الصوت على أن التعليل المزبور بشقيه معا للوجه الأول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة فالاولى أن يجعل مجموع قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الاول ويكتفي في العلم بالوجه الثاني بدلالة شقه الثاني أعني قوله أو يفعله عادة على ذلك والانصاف أن في تحرير المصنف ههنا تعقيدا واضطرابا كما ترى ولهذا تحير الشراح في حله الوافي وشرحه الكافي (وان أضافه) أي العقد (الى دراهم مطلقة) هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة وفيه تفصيل أشار اليه بقوله (فان نواها) أي الدراهم المطلقة (للآمر فهو) أي العقد (للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه) أي فالعقد لنفسه (لان له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل) أي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه فكانت نيته معتبرة أقول لقائل أن يقول اذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغي أن يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذي ذكروه فيما اذا أضاف العقد الى دراهم الآمر من كونه غاصبا الدراهم الآمر فان قلت الغصب في صورة الاضافة الى دراهم الآمر في ضمن نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه وأما في الصورة المذكورة ففي النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان قلت الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة ولا شك أن هذا لا يتحقق في نفس الاضافة الى دراهم الآمر بل يتحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد في شئ من الصورتين المذكورتين بل انما وجد في النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد في تينك الصورتين معا فلا يتم الفرق تدبر (وان تكاذبا) أي الوكيل والموكل (في النية) فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي (يحكم النقد بالاجماع) فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له (لانه) أي النقد (دلالة ظاهرة على ما ذكرناه) من حمل حاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة (وان توافقا على أنه لم تحضره النية) ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد (قال محمد هو) أي العقد (للعاقد لان الاصل أن كل أحد يعمل لنفسه) يعني أن الاصل أن يعمل كل أحد لنفسه (الا اذا ثبت جعله) أي جعل العمل (لغيره) بالاضافة الى ماله أو بالنية له (ولم يثبت) أي والفرض أنه لم يثبت (وعند أبي يوسف يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا) أي من غير تعيين بنيته (يحتمل الوجهين) وهما أن يكون العقد للآمر وأن يكون لنفسه (فيبقى موقوفا فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه) فتعين أحد المحتملين (ولان مع تصادقهما)

لشئ بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لانه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل أن يعمل كل أحد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله أو بالنية له والفرض عدمه وقال أبو يوسف يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين أن يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن أي المالين نقد تعين به أحد المحتملين ولان مع تصادقهما

(قال المصنف لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه) أقول قوله على ما ذكرناه حال لاصله للدلالة وأراد بقوله ما ذكرناه قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة الخ (قال المصنف وان توافقا على أنه لم تحضره النية) أقول ههنا احتمالان آخران أحدهما أن يقول الوكيل لم تحضرني النية فقال الموكل بل نويت لي والثاني عكس هذا (قال المصنف قال محمد هو للعاقد) أقول لابد لمحمد من فرق بين صورتي التكاذب والتصادق وهو ظاهر فان النية متقدمة على الاصالة ويؤيد كلام من ادعى النية له بنقده من دراهمه

يحتمل انه كان نوى للآمر ونسيه (قوله وفيما قلنا) يعني تحكيم النقد (حمل حاله على الصلاح) لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غصبا كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل فلا معتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل أو بحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري أو يشتريه بمال الموكل على الاضافة أولى ولهذا قال المصنف وهو المراد عندي بقي الكلام في أن الاضافة الى أى نقد كان ينبغي أن لا تفيد شيأ لان النقود لا تتعين بالتعيين وأجيب عن ذلك بأنا لانقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ماسيجيء من انها تتعين في الوكالات ألا ترى أنه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة (قوله والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه) انما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بأن للنقد أثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل

يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه

على أنه لم تحضره النية (يحتمل النية للآمر) بان نوى له ونسيه (وفيما قلنا) أى في تحكيم النقد (حمل حاله) أى حال الوكيل (على الصلاح) وهو أن لا يكون غاصبا على تقدير النقد من مال الآمر (كما في حالة التكاذب) بقي الكلام في هذه المسئلة وهو أن الاضافة الى أى نقد كان ينبغي أن لا تفيد شيأ لان النقود لا تتعين بالتعيين وأجيب عن ذلك بانا لانقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ماسيجيء من أن النقود تتعين في الوكالات ألا ترى أنها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة كذا في العناية وعليه جمهور الشراح وما أخذهم المبسوط أقول في الجواب بحث وهو أن النقود لا تتعين في الوكالات قبل التسليم بالاجماع وكذا بعده عند عامة المشايخ وانما تتعين بعده عند بعضهم على قول أبي حنيفة رحمه الله صرح به في عامة المعتبرات وسيظهر لك فيما سيجيء عن قريب وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر والى دراهم نفسه غير مقيد بكون الاضافة بعد التسليم وغير مختص بقول أبي حنيفة بل هو مطلق وبالاجماع كما تقرر فيما مر فكيف يتم أن يجعل مداره ما هو المقيد والمختلف فيه وكان الامام الزيلعي تنبه لهذا حيث قال في شرح الكنز في تعليل مسئلة الاضافة الى ثمن معين لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وقد تعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى لكنه لم يأت أيضا بما يشفي الغليل ههنا كما ترى ثم أقول الاولى في الجواب أن يقال ليس العلة في كون العقد لمن أضافه الى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة كما مر مبينا ومشروحا فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين في مسئلتنا هذه وقد أشار اليه صاحب الكافي حيث قال والدراهم وان لم تتعين لكن الظاهر أن المسلم لا يضيف شراء الشيء لنفسه الى دراهم الغير لانه مستنكر شرعا وعرفا انتهى (قال) المصنف (والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه) المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقا وخلافا وانما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلة التوكيل بالاسلام وهم فرقوا بين مسئلة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بان للنقد أثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل كذا في الشروح وفرق أبو يوسف

(قوله لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له) أقول أى للوكيل (قوله وخلافا فيما اذا تصادقا) أقول معطوف على قوله تفصيلا اذا اشترى الخ (قوله وأجيب عن ذلك بانا لانقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين) أقول بحيث تكون هي مستحقة البتة (قوله وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ماسيجيء من انها تتعين في الوكالات) أقول ولا يلزم من تعينها في الوكالة تعينها في الشراء (قوله واذا تقيدت بها لم يكن الشراء الخ) أقول الاظهر أن يقال واذا تقيدت بها فاذا أضاف الشراء اليها تعين أن يكون بموجب الوكالة فتدبر (قوله نفيا لقول بعض مشايخنا الخ) أقول أنت خبير بأن نفي قول ذلك البعض انما يحصل ببيان الخلاف في مسألة الشراء في صورة التصادق انه لم تحضره النية الا ان يقال مراده تأكيد ذلك النفي حيث جعل مسئلة الشراء مشبها بها فليتأمل

التقديرين فاما أن يكون الثمن منقودا أو غيره فان كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للآمر لأن المأمور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله فقوله (لا يملك استئنافه) معناه استئناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله (وهو) راجع الى ما في عما وان كان الثمن منقودا فالقول قول المأمور لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله

قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور) لان في الوجه الاول أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله

بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير اذا أطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تتأدى الا بالنية فكان مأمورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الشرط وأما في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد كذا في باب الوكالة بالسلم من بيوع المبسوط (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال) أي المأمور (قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان) أي الآمر (دفع اليه) أي الى المأمور (الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول) وهو ما اذا لم يكن الثمن منقودا الى المأمور (أخبر) أي المأمور (عما لا يملك استئنافه) أي استئناف سببه (وهو الرجوع بالثمن على الآمر) فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لان العبد ميت اذ الكلام فيه والميت ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الآمر (وهو) أي الآمر (ينكر) ذلك (والقول للمنكر) فقول المصنف لا يملك استئنافه معناه لا يملك استئناف سببه على طريق المجاز بالحذف والضمير المرفوع في قوله وهو الرجوع بالثمن راجع الى ما في عما لا يملك استئنافه وهذا هو الوجه الاحسن في حل عبارة المصنف هنا واليه ذهب صاحب العناية وقيل انما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكر المسبب وارادة السبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر والى هذا التوجيه ذهب أكثر الشراح قال في الكفاية بعد ذكره هذا وفي بعض النسخ لا يملك استئنافه وهو يريد الرجوع بالثمن على الآمر وهذا ظاهر انتهى (وفي الوجه الثاني) وهو ما اذا كان الثمن منقودا الى المأمور (هو) أي المأمور (أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية قال في الهداية فيما اذا لم يدفع الآمر الثمن بان الوكيل أخبر بأمر لا يملك استئنافه وفيما اذا دفع بان الوكيل أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة أقول كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق بل لا بد من انضمام أمر آخر وهو أن فيما اذا لم يدفع الثمن يدعي الثمن على الآمر وهو ينكره فالقول للمنكر وفيما اذا دفع الثمن يدعي الآمر الثمن على المأمور فالقول للمنكر الى هنا كلامه أقول ليس الامر كما زعمه بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورته أما الاول فلان قول المصنف فيه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية اذ الثمن فيها مقبوض الوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعا وقد لبس هذا القائل في تعليله حيث ذكر أول التعليل الاول وترك آخره الفارق بين الصورتين والعجب أنه ضم الى ما ذكره ما هو في معنى ما تركه وأما الثاني فلان الثمن ليس بمقبوض الوكيل في الصورة الاولى فلا يصح أن يقال فيها انه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما لا يخفى

(قال المصنف أخبر عما لا يملك استئنافه) أقول قال صدر الشريعة أخبر بأمر لا يملك استئنافه انتهى بدل عن بالباء وهو الاولى (قال المصنف وهو الرجوع بالثمن) أقول أي الاخبار المذكور وأسند اليه الرجوع اسنادا مجازيا أو راجع الى ما لا يملك والمراد بالرجوع بالثمن سببه أعني العقد أو بتقدير المضاف في قوله استئنافه أي استئناف سببه (قوله لان المأمور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن) أقول الاظهر ارجاع ضمير هو الى الاخبار المذكور في ضمن أخبر وجعل اسناد الرجوع اليه من قبيل الاسناد المجازي فلا يلزم حينئذ ارتكاب الحذف بلا قرينة ظاهرة ولا المجاز في جعل الرجوع مخبرا عنه هكذا قيل وأنت خبير بان ذلك ليس أولى منهما حتى يقال لا يلزم الخ

(ولو

وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين وان لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشراء لكون المحل قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور ويمكن أن يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل وعند أبي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة أراد أن يلزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك أي للخروج عن عهدة الامانة (ولا ثمن في يده ههنا) يعني فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة (وان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أولا بالاجماع لانه أخبر عما يملك استئنافه) ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول

ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين وان لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعن أبي حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود وهذا بالاجماع لانه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته

(ولو كان العبد حيا حين اختلفا) فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك (ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين) يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما مر (وان لم يكن) أي الثمن (منقودا فكذلك) أي فالقول للمأمور أيضا (عند أبي يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشراء) للآمر اذ العبد حي والحي محل للشراء فيملك أن يشتريه في الحال لاجل الآمر (فلا يتهم في الاخبار عنه) أي عن الشراء لاجل الآمر فان قيل ان وقع الشراء أولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل حتى يملك استئنافه أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور فيمكن أن يتفاسخ الوكيل بالشراء مع بائعه ثم يشتريه لأجل الموكل كذا في الشروح (وعند أبي حنيفة القول قول الآمر لانه) أي لان الاخبار عن الشراء لأجل الآمر (موضع تهمة بان اشتراه لنفسه) أي بأن اشترى الوكيل العبد لنفسه (فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر) أي أراد أن يلزمها الآمر (بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لأنه) أي الوكيل (أمين فيه) أي في هذا الثمن أو في هذا الوجه (فيقبل قوله تبعا لذلك) أي للخروج عن عهدة الامانة وكم من شيء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا (ولا ثمن في يده ههنا) أي لا ثمن في يد الوكيل فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود حتى يكون أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة فافترقا (وان كان أمره بشراء عبد بعينه) يعني ان كان التوكيل بشراء عبد بعينه (ثم اختلفا والعبد حي) أي والحال أن العبد حي (فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود وهذا بالاجماع) أي هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالاجماع بين أئمتنا الثلاثة (لانه) أي المأمور (أخبر عما يملك استئنافه في الحال ولا تهمة فيه) أي في اخباره عن ذلك (لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته)

قوله أما عندهما فلأنه يملك استئنافه وأما عند أبي حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل

(قوله وان كان التوكيل بشراء عبد الخ) أقول هذا هو الموعود بقوله والاول سيجيء (قوله وأما عند أبي حنيفة فلأنه لا تهمة فيه الخ) أقول أشار بتوزيع التوكيل الى دفع ما يعترض به ههنا من أن الاصل في الدلالة الاطراد وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة فان الأب اذا أقر على الصغير أو الصغيرة بالنكاح لم يصح الا ببينة عند أبي حنيفة وكذا وكيل الزوج أو الزوجة وولي العبد اذا أقر بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه مع أن المقر يملك استئناف العقد قال الاتقاني في جوابه لا نسلم انه يملك استئناف العقد مطلقا بل ملكه مقيدا بحضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يملك الاقرار لأنه لم يملك الانشاء بلا شهود انتهى وفي قوله لا نسلم انه يملك استئناف العقد مطلقا بل ملكه مقيدا بحث فان تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا ثم قال الاتقاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله لا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل لابي حنيفة رحمه الله تعالى لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى وأقول ان لم يوجد في مواد النقض تهمة فالنقض متوجه أيضا وان وجدت فلا حاجة لدفع السؤال الى التوزيع (قوله لأن التوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل) أقول لم لا يجوز أن يشتري الوكيل بالتوكيل بمثل ذلك الثمن وهو مخالفة أيضا كما سبق

على مامر بخلاف غير المعين على ماذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله

أي في حال غيبة الموكل قيد به اذفي حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لانه يملك عزل نفسه حال حضرته (على مامر) أشار به الى قوله ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ماقيل الا بمحضر من الموكل (بخلاف غير المعين) أي بخلاف ما اذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فاختلفنا (على ماذكرناه لأبي حنيفة) يعني ماذكره فيما مر آنفا من جانب أبي حنيفة وهو قوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر أقول لقائل أن يقول التهمة متحققة في صورة المعين أيضا بان اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة له كان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى أو بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشتراه الثاني بغيبة الاول ثم لما رأى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شئ بعينه فانه لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر وأما على وجه المخالفة له بأحد الوجوه الثلاثة المذكورة فيملكه قطعا على مامر في محله فما الدافع لهذه التهمة على قول أبي حنيفة ثم أقول في الجواب عنه ان احتمال أن اشتراه لنفسه شبهة و بعد ذلك احتمال أن اشتراه لنفسه على وجه المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة شبهة وقد تقرر عنده أن الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر والتهمة في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة الشبهة فاعتبرت في الاولى ولم تعتبر في الثانية قال صاحب النهاية والكفاية فان قيل الولي اذا أقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول أبي حنيفة لم يرد الاشكال على قوله أو نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضا فكان ذلك انشاء للنكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما أنه انما لا يقبل هناك اقرار بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاؤه شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطرد الجواب عنده في المسئلتين انتهى كلامهما وقال صاحب غاية البيان فان قلت الاصل في الدلائل الاطراد وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة لان الاب اذا أقر على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة وكذا وكيل الزوج أو الزوجة ومولى العبد اذا أقر بالنكاح لا يصح الا ببينة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه مع أن المقر يملك استئناف العقد قلت لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب الثاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل أبي حنيفة لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال وفي قوله لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان يملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان مرادهم بالدوران مع التصور الامكان الشرعي ومالم يحضر الشهود لم يمكن انشاء النكاح شرعا وقد أفصح عنه صاحب النهاية والكفاية حيث قالا لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود وأفصح عنه صاحب الغاية أيضا حيث قال ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود فكون تملك الاستئناف دائرا مع التصور لا يقدح أصلا في قول صاحب الغاية لا نسلم انه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحال حضرة الشهود ثم اعلم أن هذه المسئلة على ثمانية أوجه كما

على مامر أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشترى له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة من جانب أبي حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر

(قوله وان كان غير منقود فالقول للآمر) أقول فيه بحث فانه اذا تصادقا على الشراء أو أثبته الوكيل ينبغي أن يلزم الآمر لماذكره أبو حنيفة من الدليل فيما اذا كان حيا فليتأمل فان الظاهر أن مراد الآمر من قوله اشتريته لنفسك أنك خالفتني الا أن الظاهر من حال المسلم أن يفي وعده ولا يغيره والقول قول من يتمسك بالظاهر والقول بان الظاهر لا يثبت الاستحقاق مشترك الالزام

قال (ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان الخ) رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان أبى أن يكون فلان أمره بذلك فان لفلان ولاية أخذه لان قوله السابق يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة

(ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فان فلانا يأخذه) لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق (فان قال فلان لم آمره لم يكن له) لان الاقرار يرتد برده (الا أن يسلمه المشتري له)

صرح به في الكافي وغيره لانه اما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل ذلك على وجهين اما أن يكون العبد حيا حين اختلفا أو هالكا وقد ذكر ستة أوجه منها في الكتاب مدللا ومفصلا كما عرفت فبقي منها وجهان وهما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ويكون العبد هالكا والثمن منقودا أو غير منقود وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه أخبر عما لا يملك استئنافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى أقول دليل الوجه الاخير منهما محل اشكال فان الآمر وان كان منكرا الاشتراء المأمور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك وقد تقرر أن الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي أن لا يكون لانكار الآمر شراء المأمور حكم في هذا الوجه أيضا فتأمل (ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان) أي لاجل فلان (فباعه ثم أنكر) أي المشتري (أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فان فلانا يأخذه) يعني ان لفلان ولاية أخذه من المشتري وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها (لان قوله السابق) أي قول المشتري السابق وهو قوله لفلان (اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق) لان الاقرار بالشئ لا يبطل بالانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد في كتاب الشفعة لو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في مسئلة الشفعة ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة موجودة فيما نحن فيه كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الشروح (فان قال فلان لم آمره بذلك) ثم بدا له أن يأخذه (لم يكن له) أي لم يكن له على العبد سبيل (لان الاقرار) أي اقرار المشتري (ارتد برده) أي برد فلان فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه (الا أن يسلمه المشتري له) روى لفظ المشتري بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا وقوله له أي لاجله ويكون المفعول الثاني محذوفا وهو اليه فالمعنى الا أن يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ويكون الفاعل مضمرا يعود الى المشتري فالمعنى الا أن يسلم الفضولي العبد الى المشترى له وهو فلان ثم ان هذا الاستثناء من قوله لم يكن له أي لم يكن لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم آمره به لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري كذا ذكره شمس الائمة السرخسي

عنه والاقرار بالشئ لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون للشفاعة كالاجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك أي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة موجودة فيما نحن فيه (وان قال فلان لم آمره أنا ثم بدا له أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لان الاقرار ارتد بالرد الا أن يسلمه المشتري له) أي الا أن يسلمه المشتري له العبد المشتري لاجله اليه ويجوز أن يكون معناه الا أن يسلم فلانا العبد المشتري لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود الى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها

(قوله الا أن يسلم المشتري له) أقول قوله له متعلق بالمشتري أي المشتري لاجل فلان (قوله ويجوز أن يكون معناه الا أن يسلم فلانا العبد المشتري لاجله)

أقول الضمير في قوله لاجله راجع الى قوله فلانا (قوله بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها) أقول قال الاتقاني والكاكي في شرحيهما والمشتري بكسر الراء وهو الظاهر من كلام محمد وان كان للفتح وجه على معنى الا أن يسلم المشتري العبد الى المشترى له انتهى وهذا هو الوجه لتعين المفعول بلا واسطة للاولوية على ما صرح به النحاة

فيكون بيعا عنه وعليه العهدة) لانه صار مشتريا بالتعاطى كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشترى له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق فى النفيس والخسيس لاستتمام التراضى وهو المعتبر فى الباب قال (ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز) لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما فى البيع (الا فيما لا يتغابن الناس فيه) لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع (ولو أمره بأن يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند أبى حنيفة رحمه الله ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز وان اشترى بأكثر لم يلزم الآمر) لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة

فى شرح الجامع الصغير (فيكون بيعا عنه) أى فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ (وعليه العهدة) أى وعلى فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن كذا فسر شيخ الاسلام البزدوى وفخر الدين قاضيخان ويدل عليه قوله (لانه صار مشتريا بالتعاطى) كما لا يخفى (كمن اشترى لغيره) أى كالفضولى الذى اشترى لغيره (بغير أمره حتى لزمه) أى لزم العقد المشترى (ثم سلمه المشترى له) حيث كان بيعا بالتعاطى قال فخر الاسلام وغيره فى شروح الجامع الصغير وثبت بهذا أن بيع التعاطى كما يكون بأخذ واعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان أخذا بلا اعطاء لعادة الناس وثبت به أن النفيس من الاموال والخسيس فى بيع التعاطى سواء وأشار المصنف الى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله (ودلت المسئلة) أى دلت هذه المسئلة (على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وهو) أى البيع بالتعاطى (يتحقق فى النفيس والخسيس) أى نفيس الاموال وخسيسها (لاستتمام التراضى) أى لاستتمام التراضى فى كل واحد منهما (وهو المعتبر فى الباب) أى التراضى هو المعتبر فى باب البيع لقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض فلما وجد التراضى فى النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطى فيهما خلافا لما يقوله الكرخى ان البيع بالتعاطى لا ينعقد الا فى الاشياء الخسيسة وقد مر ذلك فى أول كتاب البيوع (قال) أى محمد رحمه الله فى الجامع الصغير (ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز لان التوكيل مطلق) يعنى أن التوكيل مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين أو مجتمعين فيجرى على اطلاقه (وقد لا يتفق الجمع بينهما) أى بين العبدين (فى البيع) فوجب أن ينفذ على الموكل (الا فيما لا يتغابن الناس فيه) استثناء من قوله جاز أى جاز اشتراء أحدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز فيه (لانه) أى لان التوكيل المذكور (توكيل بالشراء) وهو لا يحتمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان أبا حنيفة يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش (وهذا كله بالاجماع) أى ما ذكر فى هذه المسئلة كله بالاجماع وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين بأعيانهما وقد سمى له ثمنهما وهى المسئلة الثانية (ولو أمره بأن يشتريهما بألف) أى لو أمر رجلا بأن يشترى العبدين بألف (وقيمتهما سواء) أى والحال أن قيمتهما سواء (فعند أبى حنيفة ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز) أى جاز الشراء ويقع عن الموكل (وان اشترى بأكثر) قلت الزيادة أو كثرت (لم يلزم الآمر) بل يقع عن الوكيل (لانه) أى الآمر (قابل الالف بهما) أى بالعبدين (وقيمتهما سواء فيقسم) أى الالف (بينهما نصفين دلالة) أى من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح

(فيكون بيعا وعليه العهدة) أى على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطى كالفضولى اذا اشترى لشخص ثم سلمه المشترى لاجله ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق فى النفيس والخسيس لوجود التراضى الذى هو ركن فى باب البيع قال (ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين باعيانهما الخ) ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين باعيانهما (ولم يسم ثمنا فاشترى أحدهما جاز لان التوكيل مطلق) عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين (وقد لا يتفق الجمع بينهما فى البيع) أى الشراء (الا فيما لا يتغابن) استثناء من قوله جاز أى جاز شراء أحدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يحتمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان أبا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو أمره أن يشتريهما بألف وقيمتهما سواء فعند أبى حنيفة ان اشترى أحدهما بخمسماية أو بأقل جاز وان اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلالة

(قوله لوجود التراضى الذى هو ركن فى باب البيع) أقول أى هو شرط وسماه ركنا مجازا (قال المصنف ومن أمر رجلا بان يشترى له عبدين باعيانهما) أقول من قبيل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فان صيغة الجمع استعملت فى المثنى مجازا (قال المصنف فاشترى أحدهما جاز) أقول أى بمثل القيمة أو بما يتغابن فيه الناس بقرينة الاستثناء (قوله فقد لا يتفق الجمع بينهما فى البيع أى الشراء) أقول لا حاجة الى اخراج كلام المصنف عن ظاهره بتفسير البيع بالشراء بل يجوز ابقاء البيع فى كلام المصنف على حاله كما لا يخفى (فكان

فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (الأأن يشترى الباقى ببقية الالف قبل أن يختصما استحسانا) لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وماثبت الانقسام الادلالة والصريح يفوقها (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى أحدهما بأكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى من الالف مايشترى بمثله الباقى جاز) لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لابد أن يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقى ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال (ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشترى بها هذا العبد فاشتراه جاز)

(فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها) أى بخمسمائة (موافقة) لامر الآمر (وبأقل منها) أى بالشراء بأقل من خمسمائة (مخالفة الى خير) فيجوز (وبالزيادة الى شر) أى الشراء بالزيادة مخالفة الى شر (قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز) قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير احتمل أن المسئلة لا اختلاف فيها لان أبا حنيفة انما قال لم يجز شراؤه على الآمر اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس فى مثلها وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا فى الذى يتغابن الناس فى مثله انه يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون فى المسئلة اختلاف واحتمل أن المسئلة فيها اختلاف فى قول أبى حنيفة اذا زاد على خمسمائة قليلا أو كثيرا لا يجوز على الآمر وفى قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلة انتهى كلامه وقال شيخ الاسلام ان بعض مشايخنا قالوا ليس فى المسئلة اختلاف فى الحقيقة فان قول أبى حنيفة محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس فى مثلها فاما اذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس فى مثلها يجوز عندهم جميعا لانه لا تسمية فى حق هذا الواحد فهو كما لو وكله بشراء عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه بأكثر من قيمته بما يتغابن الناس فى مثله جاز كذا ههنا ثم قال والظاهر أن المسئلة على الاختلاف فانه أطلق الجواب على قول أبى حنيفة وفصله على قولهما انتهى والمصنف اختار ماذهب اليه شيخ الاسلام حيث قال وبالزيادة الى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (الأأن يشترى الباقى ببقية الالف قبل أن يختصما) فيجوز حينئذ ويلزم الآمر (استحسانا) قيد به لان جواب القياس أن لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه أخذ مالك والشافعى وأحمد ووجه الاستحسان ماذكره بقوله (لان شراء الاول قائم) يعنى أن شراء العبد الاول قائم لم يتغير حاله بالخصومة (وقد حصل غرضه المصرح به) أى وقد حصل عند اشتراء الباقى غرض الاول الذى صرح به (وهو تحصيل العبدين بالف وماثبت الانقسام) أى لم يثبت (الادلالة والصريح يفوقها) أى يفوق الدلالة يعنى أن الانقسام بالسوية انما كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطلت الدلالة (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى أحدهما بأكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى) أى والحال أنه قد بقى (من الالف ما يشترى بمثله الباقى جاز) ولزم الآمر (لان التوكيل مطلق) أى غير مقيد بخمسمائة (لكنه يتقيد بالمتعارف وهو) أى المتعارف (فيما قلنا) أى فيما يتغابن الناس فيه (ولكن لابد أن يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقى) من العبدين (ليمكنه) أى ليمكن المأمور (تحصيل غرض الآمر) وهو تملك العبدين معا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن له على آخر ألف درهم فامره) أى الآخر (بان يشترى بها) أى بتلك الالف (هذا العبد) يعنى العبد المعين (فاشتراه جاز) ولزم الآمر قبضه أومات قبله عند المأمور

فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بذلك موافقة وباقل منهما مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت أوكثيرة فلا يجوز الا أن يشترى الباقى ببقية الالف قبل أن يختصما استحسانا والقياس أن لا يلزم الآمر اذا اشترى أحدهما بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقى بما بقى من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان أن شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقى حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة وقال أبو يوسف ومحمد ان اشترى أحدهما بأكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى من الالف مايشترى بمثله الباقى جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس لكن لابد أن يبقى من الالف مايشترى به الباقى لتحصيل غرض الآمر قال (ومن له على آخر ألف الخ) ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشترى بها عبدا معينا صح على الآمر ولزمه قبضه وان مات قبله عند المأمور

(قال المصنف لان شراء الاول قائم) أقول فى الكافى فان قيل الخلاف قد تحقق والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل قلنا العمل بالصريح أولى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بالف وانما عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها الصريح فاذا جاء الصريح بطل العمل بها انتهى فلا تعتبر مخالفة الدلالة اذا حصل موافقة الصريح فيكون من قبيل التبيين (قوله لان التوكيل الى قوله بالمتعارف) أقول فى تقريره قصور

لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على مانذكره ان شاء الله تعالى قال (وان أمره أن يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهوله) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور) وعلى هذا اذا أمره أن يسلم ماعليه أو يصرف ماعليه لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت أو عينا ألا ترى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات

(لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على مانذكره ان شاء الله تعالى) يشير الى ماسيذكره بقوله بخلاف ما اذا عين البائع الخ (وان أمره أن يشتري بها) أي بالالف التي عليه (عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده) أي فمات العبد في يد المشتري (قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري) فالالف عليه (وان قبضه الآمر فهو) أي العبد (له) أي للآمر (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو) أي العبد (لازم للآمر اذا قبضه المأمور) سواء قبضه الآمر أو مات في يد المأمور قال المصنف (وعلى هذا) أي على هذا التفصيل (اذا أمره) أي اذا أمر من عليه الدين (أن يسلم ماعليه) أي بعقد عقد السلم (أو يصرف ماعليه) أي أو بعقد عقد الصرف فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف قال الشراح وانما خصهما بالذكر لدفع ماعسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس أقول فيه نظر اذ قد سبق في أوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مدللة ومفصلة مع التعرض لاحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما وهل يليق بشأن المصنف دفع مثل ذلك التوهم فالحق عندي أن تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة مايتردد في الذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في بابي السلم والصرف أيضا أم لا بناء على أن لهما شأنا مخصوصا في بعض الاحكام فقوله هذا على نهج قوله فيما مر في آخر مسئلة التوكيل بشراء شئ بغير عينه والتوكيل في الاسلام بالطعام على هذه الوجوه (لهما) أي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت أو عينا) يعني سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا في الذمة أو عينا غير ثابتة في الذمة ونور ذلك بقوله (ألا ترى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل العقد) ويجب مثل الدين وكل مالا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء (فصار الاطلاق) بان قال بألف ولم يضفه الى ما عليه (والتقييد) بأن أضافه الى ماعليه (فيه) أي في العقد المزبور (سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر) أي ويلزم العقد الآمر وصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين فانه يجوز (ولابي حنيفة رحمه الله أنها) أي الدراهم والدنانير (تتعين في الوكالات) قال صاحب النهاية لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل وأما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات أيضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد في الزيادات رجل قال لغيره اشترلي بهذه الالف الدرهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فتعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء وأما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه بعضهم قال تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا أن الوكالة وسيلة الى الشراء

لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره فكذا اذا عين المبيع بالاتفاق وان أمره أن يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الآمر فهوله كذلك وان مات في يد الوكيل قبل أن يقبضه الآمر مات من مال الوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور وعلى هذا الخلاف اذا أمر من عليه الدين أن يسلم ماعليه أو يصرف ماعليه فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والافعلى الاختلاف وانما خصهما بالذكر لدفع ماعسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس (لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كان أو عينا ألا ترى أنهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل العقد) ومالا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده فصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين (ولابي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات

والدراهم

ألاترى أنه لوقيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت ونقل الناطفى عن الاصل أن الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشترى بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسئلتان تدلان على أن النقود فى الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكورة فى الكتاب لاتفصل بين ما قبل القبض وما بعده والاخرى تدل على أنها بعد القبض تتعين وهو المنقول فى الكتب قال فى النهاية هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل وأما قبل التسليم اليه فلا تتعين فى الوكالات أيضا بالاجماع لانه ذكر فى الذخيرة وقال قال محمد رحمه الله (٥٥) فى الزيادات رجل قال لغيره اشترلى بهذه الالف درهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان فى الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء وأما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تتعين لما ذكرنا وعامتهم على أنها لاتتعين ثم قال وفائدة النقل والتسليم على قول العامة تأقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة وهذا قول منهم تتعين بالتعيين لان المراد به هو التوقت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه ولقائل أن يقول فعلى هذا فى كلام المصنف نظر لانه أثبت قول أبى حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة بمائتى سنة والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده فى ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه فى الزيادات من التقييد بعد التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بأنه مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا وهلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كأن عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما

ألاترى انه لوقيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة

والدراهم والدنانير يتعينان فى الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل يد أمانة والدراهم والدنانير يتعينان فى الامانات وعامتهم على أنها لاتتعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ شيآن أحدهما يوقت بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر فيما بين الناس أن الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم فى يد الوكيل والثانى قطع رجوع الوكيل عن الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية بنوع اجمال ولقائل أن يقول فعلى هذا فى كلام المصنف نظر لانه أثبت قول أبى حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة بمائتى سنة والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده فى ذلك كان على ما نقل عن محمد رحمه الله فى الزيادات من التقييد بعد التسليم انتهى أقول ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلان بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبى حنيفة لم يتقولوا ما ذهبوا اليه من تعين النقود فى الوكالات بعد التسليم الى الوكيل باجتهادهم من عند أنفسهم بل بتخريجهم اياه من أصل أبى حنيفة كما هو حال أصحاب التخريج فى كثير من المسائل فكان ما ذكره المصنف ههنا من قبيل اثبات قول أبى حنيفة بأصله على تخريج بعض المشايخ وأمثال هذا أكثر من أن تحصى وأما الثانى فلان حاصله أن المصنف أخذ ما ذكره ههنا من مفهوم قول محمد فى الزيادات فلم يسلمها الى الوكيل فيرد عليه أن محمدا لم يذكر الخلاف هناك فان لم يكن ما ذكره على قول نفسه فقط فلا أقل من أن يكون ذلك مما قال به أيضا فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم أن يكون المشترى للوكيل عند محمد فيما اذا سلم الموكل الدراهم الى الوكيل وقال له اشترلى بها عينا فاشتراه وقبضه فهلك فى يده قبل أن يقبضه الآمر مع أن قول محمد وقول أبى يوسف بخلافه كما صرح به قاطبة وذكر فى مسئلة الكتاب وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر اذ لا يفصل ما فى الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى أقول هو مدفوع بحمل اطلاق ما فى الكتاب على ما هو المقيد فى كلام الثقات اذ قد تقرر فى الاصول أن المطلق والمقيد اذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وههنا كذلك فتدبر (ألاترى) تنوير لتعين الدراهم والدنانير فى الوكالات (انه) أى الآمر (لوقيد الوكالة بالعين منها) أى من الدراهم والدنانير (أو بالدين منها ثم استهلك) أى الآمر أو الوكيل (العين) كذا فى معراج الدراية ويجوز أن يكون استهلك على بناء المفعول (أو أسقط) أى الموكل (الدين) بان أبرأه عن الدين بعد التوكيل كذا فى معراج الدراية أيضا ويجوز فيه أيضا بناء المفعول (بطلت الوكالة) جواب لوقيد الوكالة

واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشترى

ونقل الناطفى فى الاجناس عن الأصل أن الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشترى بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل ثم قال هذه المسئلة تدل على أن الدراهم والدنانير يتعينان فى الوكالة قال صاحب النهاية انما قيد يعنى المصنف بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك والدليل على هذا ماذكره الامام قاضيخان فى السلم من بيوع فتاواه فقال رجل دفع الى رجل عشرة دراهم ليشترى بها ثوبا قد سماه فأنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فان الثوب للمشترى لا للآمر لان الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وأمسك دراهم الآمر كان الثوب للآمر وتطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث والوصى اذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه أقول دلالة مانقله عن الامام قاضيخان على أن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة غاية الامر أنه صور المسئلة فيما اذا أنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ولا يلزم منه أن لا يكون الحكم كذلك فيما اذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل ألا يرى أنه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك وقال صاحب غاية البيان قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذى ذكره مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا وهلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فأقول كان المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم كما فى هلاك المبيع قبل التسليم الى هنا كلامه وقال صاحب العناية ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بأنه مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا وهلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كأن عينها باقية فذكر الاستهلاك ليبان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما انتهى أقول هذا حاصل ماذكره صاحب العناية خلا قوله ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وأنه ليس بسديد اذلم نجد فى نسخ النهاية هنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك بل المذكور فيها ههنا انما هى مسئلة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل (فاذا تعينت) أى الدراهم والدنانير وهذا من تتمة الدليل وتقريره أن الدراهم والدنانير تتعين فى الوكالات واذا تعينت (كان هذا) أى التوكيل المذكور (تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله) أى ذلك الغير (بقبضه) أى بقبض الدين (وذلك) أى تمليك الدين على الوجه المزبور (لا يجوز) لعدم القدرة على التسليم (كما اذا اشترى بدين على غير المشترى) بان كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيأ بذلك الدين الذى له على عمرو فانه لا يجوز فكان تقديره كما اذا اشترى المشترى شيأ بدين على غير نفسه كذا فى النهاية وعليه أكثر الشراح وقال تاج الشريعة فى شرح هذا المقام أى كما اذا اشترى هذا المأمور بدين هو حق الآمر على غير هذا المأمور انتهى ووافقه صاحب الغاية حيث قال يعنى كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا أمر زيد مثلا أن يشترى بدين لزيد على عمرو شيأ من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من

عليه

(قوله واذا تعينت) هو تتمة الدليل وتقريره أنها تتعين فى الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشترى بأن كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيأ بذلك الدين الذى له على عمرو فانه لا يجوز لذلك

(قال المصنف كما اذا اشترى بدين على غير المشترى) أقول قال فى النهاية تقديره كما اذا اشترى المشترى شيأ بدين على غير نفسه انتهى وقال الاتقانى يعنى كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا أمر زيد مثلا أن يشترى بدين لزيد على عمرو شيأ من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا مانحن فيه وهو ما اذا أمر الوكيل أن يشترى بدين على الوكيل عبدا بغير عينه انتهى فبين كلامه وكلام النهاية تفاوت لا يخفى

(أو يكون أمرا بصرف) أى بدفع (مالا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك) لان الديون تقضى بأمثالها فكان ما أدى المديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع ما ليس بملكه (باطل) وصار (كما اذا قال أعط مالى عليك من شئت) فانه باطل لانه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه (قوله بخلاف ما اذا عين البائع) يعنى بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع أو المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم للآمر (لانه يصير) البائع أولا وكيلا عنه فى القبض ثم يتملكه) وذلك ليس بتمليك الدين من غير من عليه الدين ولا أمرا بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى (٥٧) شيأ بدين على آخر ينبغى أن يجوز أن يجعله وكيلا بالقبض أولا لكونه معينا وأجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير

أو يكون أمرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال أعط مالى عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه فى القبض ثم يتملكه

عليه الدين فكذا فيما نحن فيه انتهى وبين المعنيين تغاير لا يخفى (أو يكون أمرا بصرف) أى بدفع (ما لا يملكه الا بالقبض قبله) أى قبل القبض متعلق بصرف وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين لغير من عليه الدين والمعنى أو يكون التوكيل المذكور أمرا من رب الدين للمديون بدفع ما لا يملكه رب الدين الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بأمثالها فكان ما أدى المديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض (وذلك باطل) أى أمر الانسان بدفع ما لا يملكه باطل (كما اذا قال أعط مالى عليك من شئت) فانه باطل لانه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه (بخلاف ما اذا عين البائع) يعنى بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع فان التوكيل صحيح هنالك (لانه) أى البائع (يصير) أولا (وكيلا عنه) أى عن الموكل (فى القبض) تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان (ثم يتملكه) أى ثم يتملكه البائع فيصير قابضا لرب الدين أولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه وكذا اذا عين المبيع لان فى تعيين المبيع تعيين البائع كما مر فى صدر المسئلة فصار كما لو عين البائع ومتى أبهم المبيع أو البائع يكون البائع مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا قيل يشكل بما لو آجر حماما باجرة معلومة وأمر المستأجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا أمرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير أن يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح وأجيب بان ذلك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستأجر لا يجد الآجر فى كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر فى القبض كذا فى الكفاية وغيرها واعترض بانه لو اشترى شيأ بدين على آخر ينبغى أن يجوز أن يجعل البائع وكيلا بالقبض أولا لكونه معينا وأجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير كذا فى العناية وبعض الشراح أقول فى هذا الجواب بحث أما أولا فلان البائع لو جعل هنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بشرط أداء الثمن على الغير بل يكون أداء الثمن على المشترى بيد وكيله كما فيما اذا كان الموكل عين البائع وأما ثانيا فلان النقود لما لم تتعين فى المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور ههنا أصلا وأما ثالثا فلانه لو كان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه لما كان لقول المصنف فيما مر آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشترى ارتباط بما قبله ولما كان لقول صاحب العناية فى شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى فان أمكن تخليص كلام المصنف بحمل مراده بقوله كما اذا اشترى بدين على غير المشترى على المعنى الذى ذهب اليه بعض الشراح دون المعنى الذى ذهب اليه أكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب العناية فانه ذهب الى ما ذهب اليه الاكثر فتأمل وأجيب عن الاعتراض المذكور

(قوله وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم الخ) أقول فيه تأمل (قوله قال فى النهاية هذا) أقول أى التعيين (قوله ثم قال والاصل أن الدراهم الخ) أقول يعنى قال فى الذخيرة (قوله لان المراد به هو التوقت ببقائها الخ) أقول فيه تطرف فان التوقت عادى لا شرعى فافهم ثم اعلم أن الضمير فى قوله به راجع الى التعيين (قوله وقطع الرجوع الخ) أقول عطف على قوله توقت بقاء الوكالة كما لا يخفى وفائدة ثانية (قوله على الموكل) أقول متعلق بقطع والظاهر أن يقال عن بدل على (قوله ولقائل أن يقول) أقول تأمل فيه (قوله والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ الخ) أقول فيه نظر اذ لا يفصل ما فى الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر (قوله من التقييد بعدم التسليم) أقول حيث قال فلم يسلمها (قوله ورد بانه مخالف) أقول الرد لا يتمشى الى آخر قوله بل انما قيد المصنف (قوله بطلت الوكالة) أقول ويدل عليه ظاهر الفائدة الاولى (قوله لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الخ) أقول فحينئذ يكون استهلك على بناء المفعول (قوله لانه يضمن الدراهم الخ) أقول بخلاف ما اذا هلك فانه لا يضمن (قوله وذلك ليس بتمليك الخ) أقول اذ يقول اذا قبضه يكون عينا (قوله واعترض بانه لو اشترى الخ) أقول مخالف لقوله فانه لا يجوز لذلك (قوله وأجيب بان عدم الى قوله على الغير) أقول النقود لا تتعين فى المعاوضات فكيف يصح حديث الاشتراط

قول چلبى (قوله وانما خصهما بالذكر الى قوله قوله وذلك اذا استهلك) حقه أن يوضع بهامش الصحيفتين اللتين قبل هذه اهـ مصححه

وبخلاف ما اذا أمره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال (ومن دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور) ومراده اذا كانت تساوي ألفا لانه أمين فيه

في بعض الشروح بوجه آخر أيضا وهو أن البائع لو صار وكيلا فانما يصير وكيلا في ضمن المبايعة ولابد من أن يثبت المتضمن ليثبت المتضمن والمبايعة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت فيه بامر الآمر وانه يسبق الشراء وبخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لان الملك يتوقف الى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى (وبخلاف ما اذا أمره بالتصدق) جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب وقد ذكرناه في سياق دليلهما (لانه) أي الآمر بالتصدق (جعل المال لله تعالى) ونصب الفقير وكيلا عن الله عز وجل في قبض حقه كذا في الكافي وغيره (وهو معلوم) أي الله تبارك وتعالى معلوم فكان كتعيين البائع في المسألة الاولى وأما مسألة التصادق في الشراء بان لا دين له عليه فلان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء عينا أو دينا ولكن يتعينان في الوكالات فلما لم يتعينا في الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين كذا ذكره الامام المرغيناني والمحبوبي وقاضيخان (واذا لم يصح التوكيل) رجوع الى أول البحث يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح (نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله) يعني اذا هلك هلك من مال المأمور (الا اذا قبضه الآمر منه) فانه اذا هلك حينئذ هلك من مال الآمر (لانعقاد البيع) بينهما (تعاطيا) فكان هلاكه في ملك الآمر قال الامام الزيلعي في التبيين وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة والتعليل الصحيح له أن يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه أمرا له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر للمجهول فكان توكيلا للدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف ولا يجوز الى هنا كلامه أقول فيه نظر اذ لا يلزمهما التعليل الذي ذكره أيضا اذ يجوز أن يقال من قبلهما ان عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضي عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه فانه لما لم تتعين النقود في الوكالات لم يكن لتعيين الآمر الالف التي على المأمور تأثير فيما أمره به من اشتراء عبد له بل صح اشتراء المأمور عبدا له بأية ألف كانت فكان ذكر تلك الالف في التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل وقد أشار اليه المصنف في أثناء دليلهما حيث قال فكان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ولا بد في تمام التعليل من قبل أبي حنيفة رحمه الله من المصير الى تعيين النقود في الوكالات وان كان على قول بعض المشايخ كما فعله المصنف فلله دره في تدقيقه وتحقيقه (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور) الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف (ومراده) أي مراد محمد (اذا كانت) أي الجارية (تساوي ألفا) يعني أن الحكم المذكور وهو كون القول قول المأمور فيما اذا كانت قيمة الجارية ألفا (لانه) أي المأمور (أمين فيه) أي في الخصوص المزبور

(قوله وبخلاف) جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب وقدمناه في سياق دليلهما وذلك ظاهر وقوله (واذا لم يصح التوكيل) رجوع الى أول البحث يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المأمور فاذا هلك عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك عنده هلك من ماله قال (ومن دفع الى آخر ألفا الخ) رجل دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول للمأمور ومراده اذا كانت تساوي الالف لانه أمين فيه

(قال المصنف فالقول قول المأمور) أقول قال صدر الشريعة بلا يمين (قال المصنف ومراده) أقول يعني مراد محمد رحمه الله (قال المصنف لانه أمين فيه) أقول ولم يعتبر هنا المبادلة الحكمية لسبق الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح

وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوى خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والامر تناول ما يساوى ألفا فيضمن قال (وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر) أما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشترى وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور قال (ولو أمره أن يشترى له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر

(وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو) أي المأمور (ينكر) والقول قول المنكر (فان كانت) أي الجارية (تساوى خمسمائة فالقول قول الآمر لانه) أي الوكيل (خالف) أي خالف الآمر الى شر (حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والامر يتناول ما يساوى ألفا) وأيضا فيه غبن فاحش (فيضمن) أي المأمور ولانه لا يملك أن يخالف الآمر الى شر ولا أن يشترى بغبن فاحش (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وان لم يكن دفع اليه الالف) واختلفا (فالقول قول الآمر أما اذا كانت قيمتها) أي قيمة الجارية (خمسمائة فللمخالفة) ولتحقق الغبن الفاحش كما مر آنفا (وان كانت قيمتها ألفا فمعناه) أي فمعنى قول محمد فالقول قول الآمر (انهما يتحالفان) ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوى ألفا وجب أن يلزم الآمر سواء قال المأمور اشتريتها بالف أو باقل منها لانه ان اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل منها كان مخالفا الى خير وكل ذلك يلزم الآمر كذا في العناية وغيرها أقول بقي ههنا شيء وهو أن المذكور في قول محمد فالقول قول الآمر والتحالف يخالفه فكيف يكون هذا معنى ذاك والجواب الذي أشار اليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا يتمشى هنا كما لا يخفى على المتأمل قال المصنف (لان الموكل والوكيل في هذا) أي في هذا الفصل (ينزلان منزلة البائع والمشترى) للمبادلة الحكمية بينهما (وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ) يعني فاذا تحالفا يفسخ (العقد الذي جرى بينهما) أي بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمي (فتلزم الجارية المأمور) قيل هنا مطالبة وهي أن الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك وأجيب بان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولو أمره أن يشترى له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه) ووقع الاختلاف في الثمن (فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور) اشتريته (بألف وصدق البائع) أي بائع العبد (المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف (قيل لا تحالف ههنا) وهو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني (لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو) أي البائع (حاضر) فيجعل تصادقهما بمنزلة

وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فالقول قول المنكر فان كانت الجارية تساوى خمسمائة فالقول للآمر لان الوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والآمر تناول ما يساوى ألفا فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالقول للآمر أما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة الى شر وان كانت قيمتها ألفا فمعنى قوله فالقول للآمر يتحالفان ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوى ألفا وجب أن يلزم الآمر سواء قال المأمور اشتريتها بالف أو باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الآمر وهذا لانهما في هذا أي في هذا الفصل ينزلان منزلة البائع والمشترى للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المأمور وفيه مطالبة وهي أن الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب أن في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال (ولو أمره أن يشترى له هذا العبد الخ) واذا أمره بشراء عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا وهو قول أبي جعفر الهندواني لان تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو أنشأ لزم الآمر فكذا ههنا

(قال المصنف فالقول للآمر) أقول يعني لا يلزم الآمر فيكون قوله مقبولا مع اليمين (قال المصنف لانه خالف حيث اشترى الخ) أقول ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الآمر (قوله فمعنى قوله فالقول للآمر الخ) أقول وأنت خبير بأنه يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز لكن المصنف يجوزه اذا كان بسببين مختلفين والكلام في وجود القرينة الصارفة فانها ليست بظاهرة هنا كظهورها في المسئلة الثالثة

وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل اذلم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فيبقى الخلاف وهذا قول الامام أبي منصور رحمه الله وهو أظهر

انشاء العقد ولو أنشأ العقد لزم الآمر فكذا ههنا (وفي المسئلة الاولى هو) أي البائع (غائب فاعتبر الاختلاف) لعدم مايرفعه ووجب التحالف (وقيل يتحالفان) في هذه المسئلة أيضا وهو قول الشيخ أبي منصور الماتريدي (كما ذكرنا) أي في المسئلة الاولى من أنهما ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ولما استشعر أن يقال كيف قيل انهما يتحالفان وقد نص محمد في الجامع الصغير أن القول قول المأمور مع يمينه والتحالف مخالفه أجاب بقوله (وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) يعني أن محمدا اكتفى بذكر معظم اليمين من يميني التحالف وهو يمين البائع أي المأمور لانه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمر حكما وانما قال ان يمين البائع الذي هو المأمور معظم يميني التحالف لانه مدع ههنا ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف وأما المشتري وهو الآمر فمنكر وعلى المنكر اليمين في كل حال فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين ثم اذا وجب اليمين على المأمور وهو المدعي فلان تجب على الآمر وهو المنكر أولى كذا في الشروح قال الامام الزيلعي في التبيين بعدما بين المقام على هذا النمط هكذا ذكر المشايخ الا أن فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ماذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لايدل على ذلك فان قوله ان القول قول المأمور مع يمينه يدل على أن المأمور يصدق فيما قاله وفي التحالف لايصدق واحد منهما فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك انتهى كلامه فتأمل (والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما) هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر يعني أن بائع العبد بعد استيفاء الثمن أجنبي عن الموكل والوكيل معا (وقبله) أي قبل استيفاء الثمن (أجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما) أي بين البائع والموكل (بيع) فلم يكن كلامه معتبرا (فلا يصدق عليه) أي على الموكل (فيبقى الخلاف) بين الآمر والمأمور فلزم التحالف قال المصنف (وهذا) أي القول بالتحالف (قول الامام أبي منصور وهو أظهر) وقال صاحب الكافي وهو الصحيح ولكن جعل الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير قول الفقيه أبي جعفر أصح قال الامام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا هذا اذا تصادقا على الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل أمرتني بالشراء بألف وقال الموكل لابل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه ويلزم العبد الوكيل لان الامر يستفاد من جهته فكان القول قوله فلو أقاما البينة فبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية أقول يرد على ظاهره أن وضع هذه المسئلة فيما اذا لم يسم عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح أن يقول الامام المحبوبي بعد ذلك هذا اذا تصادقا على الثمن ويمكن الجواب بان التصادق في الثمن خلاف التحالف فيه فيصور بان يتصادقا على تسمية الثمن المعين وبان يتصادقا على عدم تسمية الثمن أصلا وبالجملة يجوز أن يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث عدم تسميته والثاني هو المراد في قول الامام المحبوبي

يعني محمدا (معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) لان البائع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف وأما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر أولى (قوله والبائع بعد استيفاء الثمن) جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع بان البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل اذ لاعقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا في الخلاف والتحالف قال المصنف (وهذا قول الامام أبي منصور وهو أظهر) قال في الكافي وهو الصحيح

(قال المصنف وقد ذكر معظم يمين التحالف) أقول ونظيره ماسيجيء في باب التحالف من قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ماقاله البائع قال المصنف (وهو أظهر) أقول وانما كان أظهر لان تصديق البائع لورفع الخلاف وصار تصادقهما بمنزلة انشاء العقد بقي قوله مع يمينه بلافائدة

فصل

﴿فصل في التوكيل بشراء نفس العبد﴾ لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقاله على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكره في فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وأن يوكل العبد رجلا ليشترى نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد رجلا أو في توكيل العبد رجل قال (واذا قال العبد لرجل الخ) اذا وكل العبد رجلا بان يشترى له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه

﴿فصل في التوكيل بشراء نفس العبد﴾ قال (واذا قال العبد لرجل اشتر لى نفسي من المولى بألف ودفعها اليه

﴿فصل في التوكيل بشراء نفس العبد﴾ لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكر في فصل على حدة كذا في العناية وكثير من الشروح واستشكله بعض الفضلاء بان الكلام لا يتناول الا المسئلة الاولى ان أريد الشراء وكالة والا فالثانية لا غير فيحتاج الى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء أصالة فيتناول الكلام المسئلتين معا وأما الاحتياج الى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فأمر ضروري على كل حال لان المحذور أن لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء لا أن يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك اذ نفس الشراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعا ثم أقول في استشكال ما في الشروح التوجيه الذي ذكروه لا يتناول المسئلة الثانية بل انما يتمشى في المسئلة الاولى لان شراء العبد نفسه من مولاه انما يصير اعتاقا على مال أن لو كان شراؤه نفسه من مولاه لنفسه وأما اذا كان لغيره فلا والتوكيل في المسئلة الثانية انما هو بشراء العبد نفسه من مولاه للموكل فان وافق العبد أمر الآمر فشراؤه ليس باعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض وان خالف أمره فيكون شراؤه اعتاقا على مال ولا ينافي كون التوكيل في هاتيك المسئلة من مسائل فصل التوكيل بالشراء اذ المسئلة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المأمور لامر الآمر كما في كثير من مسائل هذا الفصل وغيره وأما التوكيل في المسئلة الاولى فانما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد فاذا وافق وكيله أمره فاشترى نفسه من مولاه له يصير ذلك الشراء اعتاقا على مال معنى وان كان شراء صورة فجرى التوجيه المذكور في هذه المسئلة دون الاخرى فكان قاصرا قال في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الالف واللام في قول المصنف في التوكيل بشراء نفس العبد بدل الاضافة وتلك الاضافة اضافة المصدر الى الفاعل والفاعل هو العبد بالنظر الى المسئلة الاولى أي توكيل العبد الاجنبي بشراء نفسه والاجنبي بالنظر الى المسئلة الثانية أي توكيل الاجنبي العبد بشراء نفسه انتهى وقال في العناية والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وأن يوكل العبد رجل ليشترى نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد رجلا أو في توكيل العبد رجل انتهى أقول تناول قول المصنف فصل في التوكيل بشراء نفس العبد للمسئلتين على كلا التقديرين انما يكون على سبيل البدل وفي ذلك تعسف لا يخفى فالاوجه أن يقدر كل واحد من المضاف اليه والمتروك أمرا عاما مثل أن يقال فصل في توكيل أحد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحدة من المسئلتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا قال العبد لرجل اشتر لى نفسي من المولى) أي من مولاى (بألف ودفعها) أي دفع العبد الالف (اليه) أي الى الرجل الذي وكله

﴿فصل في التوكيل بشراء نفس العبد﴾ (قوله لما كان شراء العبد نفسه الخ) أقول أي وكالة فيتناول المسئلتين اذ في الأولى شراء نفسه توكيل وفي الثانية وكيل أيضا الا أنه خالف أمر الموكل ولا يخفى عليك ما فيه بل لا يتناول الكلام الا المسئلة الأولى ان أريد الشراء وكالة والا فالثانية لا غير فيحتاج الى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل والاظهر أن يقال لما كان تصرف الوكيل في هذه الوكالة شراء على تقدير واعتاقا على تقدير بخلاف غيره ناسب أن يذكر في فصل على حدة وفي قوله من مولاه اعتاقا على مال الخ مسامحة فان الاعتاق انما هو بيعه من نفسه (قوله وكلام المصنف يتناولهما) أقول أي على سبيل البدل (قوله وجعل المصدر الخ) أقول والاولى أن يقدر المضاف اليه والمتروك كلاهما أمرا عاما مثل أن يقول في توكيل شخص شخصا أو أحد أحدا حتى يتناولهما كلام المصنف معا على أنه لا يبعد أن ينزل التوكيل منزلة اللازم

فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى) لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا أعقب الولاء (وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشترى) لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له (والالف للمولى) لانه كسب عبده (وعلى المشترى ألف مثله) ثمنا للعبد فانه فى ذمته حيث لم يصح الاداء

(فان قال الرجل) أى الوكيل (للمولى اشتريته) أى العبد (لنفسه) أى لنفس العبد (فباعه على هذا) أى فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه (فهو حر) أى فذلك العبد حر يعنى صار حرا (والولاء للمولى) أى وولاء ذلك العبد للمولى (لان بيع نفس العبد منه) أى من العبد (اعتاق) أى اعتاق على مال والاعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك كما أشار اليه بقوله (وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه) أى عن العبد حيث أضاف العقد اليه (اذ لا يرجع اليه الحقوق) أى لا يرجع الى المأمور حقوق العقد لانه متى أضاف العقد الى العبد فقد جعل نفسه رسولا ولا عهدة على الرسول واذا كان كذلك (فصار كانه) أى العبد (اشترى نفسه (بنفسه) أى بلا واسطة (واذا كان اعتاقا) أى واذا كان بيع نفس العبد من العبد اعتاقا لذلك العبد (أعقب الولاء) أى أعقب الولاء للمعتق فثبت أن العبد فى هذه الصورة صار حرا وكان ولاؤه للمولى (وان لم يعين للمولى) أى وان لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد (فهو عبد للمشترى) يعنى صار ملكا له (لان اللفظ) أى لان قوله اشتريت عبدك بكذا (حقيقة للمعاوضة) أى موضوع للمعاوضة دون الاعتاق (وأمكن العمل بها) يعنى أن الحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن العمل بها (اذا لم يعين) أى اذا لم يعين فلم يقل اشتريت عبدك لاجل نفسه (فيحافظ عليها) أى فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن ههنا لانه توكيل بشراء شئ بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه قلنا قد أتى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر لان ما وكل به كان من جنس الاعتاق على مال وما أتى به انما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للآمر فينفذ عليه وسيجئ الاشارة من المصنف الى نظير هذا فى المسئلة الثانية (بخلاف شراء العبد نفسه) حيث يجعل للاعتاق لتعذر العمل بالحقيقة (لان المجاز) وهو كون الشراء مستعارا للاعتاق (فيه) أى فى شراء العبد نفسه (متعين) لان العبد ليس بأهل أن يملك مالا فصار شراؤه نفسه مجازا عن الاعتاق أو لان نفس العبد ليست بمال فى حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمى فى حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره والمال غير الآدمى خلق لمصالح الآدمى فلم يمكن العمل بالمعاوضة فجعل مجازا عن الاعتاق والمجوز معنى ازالة الملك فان البيع يزيل الملك بعوض الى آخر والاعتاق يزيله لا الى آخر (واذا كان معاوضة) يعنى اذا كان العقد معاوضة فيما اذا لم يعين للمولى (يثبت الملك له) أى للمشترى (والالف للمولى) أى والالف التى دفعها العبد الى المشترى حين أن وكله تكون للمولى (لانه كسب عبده وعلى المشترى ألف مثله) أى مثل ذلك الالف (ثمنا للعبد) قوله ثمنا نصب على التمييز أى من جهة أنه ثمن للعبد (فانه) أى الثمن (فى ذمته) أى فى ذمة المشترى (حيث لم يصح الاداء) لان المشترى أدى

فلا بد له اما أن يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه أو لم يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى أما أنه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير حيث أضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كأن العبد اشترى نفسه بنفسه وأما أن الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا أعقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشترى لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم أن العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شئ بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه فالجواب سيأتى بخلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمه فتعين المجاز واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشترى ألف أخرى ثمنا للعبد فانه أى الثمن فى ذمة المشترى لان الاداء لم يصح قال فى النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشترى وأما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الامام قاضيخان فى الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر فى الكتاب وينبغى أن يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت وفى كلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان اعتاقا بلا بدل

(قوله كان اعتاقا بلا بدل) أقول لان الالف المؤدى ملك المولى قبل الاعتاق لكونه كسب عبده ولا يصلح ملكه بدلا عن ملكه

وهذا (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد) يعني أن يوكل أجنبي أجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لوقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين أي حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله تتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان

بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا فأحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان (ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر)

أدى تلك الالف الى المولى من كسب عبده وكسبه ملك المولى فلا يقع عنا قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشتري وأما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الامام قاضيخان وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي أن تجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية قلت وفي كلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان اعتاقا بلا بدل انتهى فتأمل (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره) أي من غير العبد بأن يوكل أجنبي أجنبيا بشراء العبد من مولاه (حيث لا يشترط بيانه) أي بيان الشراء يعني لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي في وقوع الشراء للموكل (لان العقدين) يعني الذي يقع له والذي يقع للموكل (هناك) أي في تلك الصورة (على نمط واحد) أي على نوع واحد وهو المبايعة والنمط النوع والطريقة أيضا (وفي الحالين) أي حال الاضافة الى نفسه وحال الاضافة الى موكله (المطالبة تتوجه نحو العاقد) فلا يحتاج الى البيان (وأما ههنا) أي فيما نحن فيه (فأحدهما) أي أحد العقدين (اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل) أي لا مطالبة في الاعتاق على الوكيل لانه سفير (والمولى عساه) أي لعله (لا يرضاه) أي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتضرر به (ويرغب في المعاوضة المحضة) أي والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة (فلا بد من البيان) اعلم أن قول المصنف ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق فان محمدا رحمه الله ذكر فيه أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا في وكالة الجامع الكبير وجه رواية الجامع أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا ههنا وعن عيسى بن أبان قال الصحيح أن الثمن على العبد لان الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر فليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل ألا يرى أن المولى لو كان والذي أمر الرجل ببيع نفس العبد من العبد بألف درهم الى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة جوز البيع والالف عليه الى ذلك الاجل والذي يلي قبض الالف هو المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك) هذه هي المسئلة الثانية من المسئلتين اللتين يشملهما هذا الفصل فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما أن يضيف العبد العقد الى موكله أو الى نفسه أو أطلق فان أضافه الى موكله فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل) أي فعل المولى ذلك (فهو) أي العقد أو العبد (للآمر

أما فيما نحن فيه فان أحدهما اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه أي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف عسى بكاد فاستعمله استعماله وقوله (ولا مطالبة على الوكيل) هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير ووجهه أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول وهو الصحيح أن الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر

فليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل قال (ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك الخ) هذه هي المسئلة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما أن يضيف العقد الى موكله أو الى نفسه أو أطلق فان أضافه الى موكله بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد أو العبد

للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه أجنبي عن ماليته لانها للمولى حتى لو أقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبي بشراء نفسه (الا أن ماليته) يعني هو أجنبي عن ماليته الا انها بيده حتى لو أراد المولى أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز أجيب بان كون مالية العبد في يده أمر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده (٦٤) كذلك وقبض الوكيل أمر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب أن يقال القبض أمر حسي اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة وأما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم

لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه أجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع

لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه) أي العبد (أجنبي عن ماليته) لانها لمولاه حتى لو أقر بها لغيره لم يصح (والبيع يرد عليه) أي على العبد (من حيث انه مال) لا من حيث انه آدمي فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من أموال المولى أو كتوكيل أجنبي بشراء نفسه قال شمس الائمة أما صحة هذا التوكيل فلان العبد مخاطب له عبارة ملزمة كالحر وانما يصلح الحر أن يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار أن له عبارة صحيحة فكذلك العبد (الا أن ماليته في يده) استثناء من قوله لانه أجنبي عن ماليته يعني أن مالية العبد في يد نفسه (حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع) فانه لو أراد البائع أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لان ماليته في يده لكونه مأذونا له فصار كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها (لاستيفاء الثمن) لكونها مسلمة اليه قال تاج الشريعة فان قلت الاحتراز عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليمها يسقط حق الحبس كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز قلت الشرع لا يرد بالمحال وكون المالية ههنا في يد العبد أمر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر انتهى أقول كل واحد من سؤاله وجوابه منظور فيه أما السؤال فلان قوله كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في أثناء هذا السؤال مخل بالمقصود لان حاصل هذا السؤال أن التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس لانه تسليم ضروري لا يمكن الاحتراز عنه وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وعلى تقدير أن لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم الى الموكل هنالك فلا يكون نظيرا لما نحن فيه فالوجه أن يقال بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل وتوضيح المقام أن لنا قولين في قبض الوكيل على ما مر أحدهما أن قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم اليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس وثانيهما أن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في الابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه ان حبسه وصحة التنظير على القول الاول دون الثاني وأما الجواب فلان الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بأن الاول أمر حسي لا مرد له والثاني أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر الثاني دون الاول مما لا يجدي طائلا في قطع مادة السؤال المذكور لان خلاصته منع كون التسليم فيما نحن فيه مسقطا

(قال المصنف حتى لا يملك البائع الحبس) أقول قال الزيلعي لكونه قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره انتهى وفي الكافي والمبيع اذا كان في يد الوكيل بالشراء حاضرا في مجلس الشراء لا يكون للبائع حق الحبس لانه بنفس العقد يصير مخليا بين المبيع والمشتري فصار قابضا له بنفس الشراء وصار كالوديعة اذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره والوديعة حاضرة في مجلس البيع فانه لا يكون لرب الوديعة حبسها بالثمن كذا هنا انتهى ولعل ذكر حضور المبيع في مجلس الشراء لتصور الحبس فانه اذا كان في بيت المشتري دون مجلس العقد لا يتصور ذلك غالبا لا لان الحضور شرط لعدم الحبس (قوله لكونها مسلمة اليه) أقول يعني بالتخلية (قوله كما قلنا في قبض الوكيل) أقول يعني في الفصل السابق (قوله للوكيل حق الحبس عندنا) أقول خلافا لزفر (قوله أجيب بان كون مالية العبد في يده أمر حسي) أقول أي بمنزلة الامر الحسي لانه في يده حقيقة فمآل هذا الجواب الى ما استوجهه أيضا ويمكن أن يجاب عن قوله فان قلت الاحتراز الخ بوجه آخر وهو أن الحبس هنا يؤدي الى حبس الوكيل والموكل به ولا نظير له بخلاف حبس الوكيل عن الموكل (قوله لا مرد له) أقول أي للحبس (قوله فكان الامر بالعكس) أقول انما يكون كذلك لو كان قبض الموكل أمرا حسيا لا مرد له

فاذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر

مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لا منع تحقق التسليم فيما نحن فيه وكون مالية العبد مما لا مرد له انما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى وانما تأثير الفرق المزبور بالنظر الى ما أدرجه فى أثناء السؤال المذكور من المقدمة المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر الى ما هو المقصود وقال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك السؤال والجواب وفيه نظر فان مالية العبد أمر اعتبارى وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل أمر حسى لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب أن يقال القبض أمر حسى اذا قام بمكان لا يجعل فى غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة فاما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم الى هنا كلامه أقول فى كل واحد من نظره وجوابه الذى استصوبه بحث أما فى الاول فلان الامر الحسى الذى لا مرد له انما هو قبض الوكيل والذى عده تاج الشريعة فى جوابه أمرا اعتباريا انما هو كونه قبض الوكيل قبض الموكل وأين هذا من ذلك فلم يكن الامر بالعكس كما لا يخفى وأما فى الثانى فلانه ان أراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها فى نفس الامر فهو مع كونه ممنوعا فى نفسه مناف لما قاله سابقا فى النظر من أن مالية العبد أمر اعتبارى وكونها بيده كذلك وان أراد بذلك عدم انفكاكها عنها فى اعتبار أهل الشرع فللسائل أن يقول لم لا يجوز أن يترك أهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما فى قبض الوكيل على أن حاصل هذا الجواب أيضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بأن الانفكاك جائز فى الاول دون الثانى فتعين التسليم ههنا دون الاول وهذا انما يدفع منع تحقق التسليم ههنا وقد عرفت أن خلاصة السؤال المذكور منع كون التسليم ههنا مسقطا لحق الحبس لا منع تحقق التسليم ههنا فلا يتم ما ذكره جوابا عنه اللهم الا أن يكون مراده الصواب فى الفرق بين الصورتين أن يقال كما ذكره لا الصواب فى الجواب عن أصل السؤال أن يقال كذا لكنه بعيد عن ايفاء حق المقام والاشبه فى تقرير ذلك السؤال وتعيين الجواب عنه ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية فى يد العبد ضرورى لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وان كانت يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا فى جنس الوكالات ولكن يمكن للبائع التحرز عنه فى جنس الوكالة بان باع عبده لوكيل لا يشترى نفسه انتهى (فاذا أضافه) أى أضاف العبد العقد (الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر) هذا نتيجة الدليل تقريره ان العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره فى شراء مال اذا أضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر ثم اعلم أن قوله فى الكتاب ففعل فهو للآمر يشير الى أن العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر فى الجامع من أن اضافة العقد الى الموكل انما تفيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعنى نفسى من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت وهذا بناء على أن الواحد لا يتولى طرفى البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سيأتى فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفى الاعتاق اذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعنى نفسى فان قيل اذا أضاف العبد العقد الى الآمر فمن المطالب بالثمن قلنا العبد لانه العاقد فيجب الثمن عليه الا أنه يرجع به على الآمر فان قلت قد يكون العبد محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق قلت زال الحجر ههنا بالعقد الذى باشره مع مولاه

(قوله فاذا أضافه الى الآمر) نتيجة الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره فى شراء مال اذا أضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على حر توكل بشئ وفعله وقوله (ففعل فهو للآمر) يشير الى أن العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكره فى الجامع من أن اضافة العقد الى الموكل انما تفيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعنى نفسى من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفى العقد بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما يأتى فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعنى نفسى فان قلت اذا أضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن أجيب بأنه فى ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق أجيب بان الحجر زال بالعقد الذى باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعى تصور صحة المباشرة وهو اذن

وان أضافه الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشراء شئ بعينه فكيف جاز له أن يشتري لنفسه أجاب بقوله لكنه أتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم وان أطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف أن يقع عمن باشره وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة وأجيب بأن اللفظ للحقيقة اذا لم تكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه

غيرمتصورة ورضى المولى بذلك واليه أشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ

(وان عقد لنفسه فهو حر) لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل (وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر) لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن (وان عقد لنفسه) أي ان أضاف العقد الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت (فهو حر لانه اعتاق) لما تقدم (وقد رضي به المولى) لانه علم أن بيع العبد منه اعتاق (دون المعاوضة) أي لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر ولما استشعر أن يقال العبد وكيل بشراء شئ بعينه فكيف جاز له أن يشتري لنفسه أجاب بقوله (والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر) وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا (وفي مثله ينفذ على الوكيل) فان الوكيل بشراء شئ بعينه اذا خالف فأتى بجنس تصرف آخر ينفذ العقد على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر (وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان) أي وكذا لو أطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك (فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين) يعني الامتثال وغيره (فلا يقع امتثالا) أي فلا يجعل امتثالا (بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه) لان الاصل في التصرف أن يقع عمن باشره قال صاحب العناية وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة وأجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غيرمتصورة ورضى المولى بذلك واليه أشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى أقول هذا الجواب مما لا يكاد يصح ههنا لان الكلام الآن انما هو في مسئلة الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل والقرينة المذكورة انما وجدت في مسئلة الاضافة الى نفسه وقول المصنف وقد رضي به المولى دون المعاوضة انما وقع فيها وقد تقدم ذكرها وليس ذلك بمورد الاعتراض ولا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه أصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة الى نفسه التي عدت قرينة ههنا الاضافة المارة في المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله مني بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي وهذه الاضافة موجودة في مسئلة الاطلاق أيضا لانا نقول هذه الاضافة لا تصلح أن تكون قرينة للمجاز اذ لا شك أن مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة بل يحتمل أن يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الاعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة بل الثاني هو الظاهر نظرا الى الحقيقة وقال صاحب العناية لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه

(قوله فينفذ عليه كما تقدم) أقول يعني في الفصل السابق (قوله وهي اضافة العبد العقد الخ) أقول فيه أن الكلام في الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل (قوله ورضى المولى بذلك) أقول ان أراد رضى المولى مطلقا فمسلم لكن لا يصلح أن يكون دائما للمعنى الحقيقي وان أراد رضاه به دون المعاوضة فغير مسلم لان رضاه بالاعتاق دون المعاوضة انما يصح أن لو تعين المعنى المجازي اذا أطلق وهل النزاع الا فيه (قوله بذلك) أقول أي بالمعنى المجازي (قوله لانا نقول الاحتمال انما هو الخ) أقول فيه أن المعنى الحقيقي متعين من حيث اللفظ اذا قطع النظر عن القرينة (قال المصنف وكذا لو قال بعني نفسي الخ) أقول لا يقال البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي أن يحمل على الحقيقة عند التردد اذ الحمل على الحقيقة هو الاصل بالاتفاق ولانا نقول الاصل أن الانسان يتصرف لنفسه فتعارض الاصلان فتساقطا فيرجع الى غرض المولى فانه لما اختلف التصرفان والظاهر أن المولى يريد الاعتاق اذ بيع العبد من نفسه مطلق اعتاق واقتصاره على اضافته الى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه الا الى الحر به ليثبت له الولاء

﴿فصل في البيع﴾ قال (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة

نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح اذ الاضافة الى نفسه فيما نحن فيه لان وضعه فيما أطلق ولم يضف الى أحد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة الى نفسه وأيضا ان أراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ أنها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي فان توجد الاضافة الى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز وان أراد بذلك أنها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيأ لان وضع المسئلة في الاطلاق مجموع ما صدر عن العبد اذ به تمتاز هذه الصورة عن صورتي الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور وبالجملة لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الالباب والجواب الصحيح عن أصل المعارضة ما ذكره صاحبا النهاية والكفاية حيث قالا فان قيل ينبغي أن يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان اللفظ لحقيقته في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء للموكل كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع للعبد كان معمولا بمجازه لانه غير موضوع للاعتاق بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى وهي أن الاصل في تصرف الانسان أن يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو أن لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض أو نقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة انتهى

﴿فصل في البيع﴾ لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم فصل الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع هنا كذا في الشروح أقول لقائل أن يقول قد ذكر في هذا الفصل كثير من أحكام التوكيل بالشراء ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده الخ فان الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فان الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء ومنها قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ فان الحكم فيه أيضا حكم التوكيل بالشراء فقولهم لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع محل مناقشة ويمكن الجواب بنوع عناية فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له) أي وسائر من لا تقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته وعبده ومكاتبه صرح القدوري في مختصره بهذه الامثلة الا أن المصنف قصد الاجمال فقال بدلها ومن لا تقبل شهادته له قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته له مثل ابنه وأخيه أقول في تمثيله الثاني خبط ظاهر فانه تقبل شهادة الاخ لاخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة (عند أبي حنيفة رحمه الله) والمراد بعدم جواز البيع والشراء مع هؤلاء عند أبي حنيفة عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة وأما اذا قيد الوكالة بعموم المشيئة بأن قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغير له حيث لا يجوز وان قال ذلك كذا صرح به في المبسوط ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية

﴿فصل في البيع﴾

لما فرغ من بيان أحكام الشراء بأنواعه ذكر أحكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع قال (الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده الخ) اذا وكل شخصا بالبيع أو الشراء أو بهما لا يجوز له أن يعقد مع من لا تقبل شهادته له اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند أبي حنيفة رحمه الله بمثل القيمة

﴿فصل في البيع﴾ قال المصنف (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده الخ) أقول اذا كان البيع منهم بدين يسير لا يجوز على ما ذكر في شرح الطحاوي موافقا لما في الهداية وذكر في الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما وهو مقتضى الدليل المذكور في الكتاب (قوله عند أبي حنيفة بمثل القيمة) أقول متعلق بقوله أن يعقد

(وقالا لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده أو مكاتبه) وعبارة الكتاب تدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولا بد من تقرير الاقوال قبل الدلائل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان بأكثر من القيمة في البيع وبأقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغبن يسير كذلك على ماذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ماذكر في الذخيرة جائز عندهما وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات غير جائز عند أبي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما قوله لان التوكيل مطلق أي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضى موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة

وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده أو مكاتبه) لان التوكيل مطلق

(وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) قال بعضهم تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا ففيه خلاف أيضا وقال صاحب النهاية خص قولهما في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة وكذلك في شرح الطحاوي فكان فيه اشارة الى أنه لا يجوز عندهما أيضا في الغبن اليسير والا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة ولكن ذكر في الذخيرة أن البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن أبي حنيفة روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة وبيعه منه بأكثر من القيمة وشراؤه منه بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند أبي حنيفة باتفاق الروايات فأبو حنيفة فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه فان قيل ما وجه الفرق لابي حنيفة على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أنه قبل ظهور الربح حكم الوكيل أجيب بأن وجهه أن المضارب أعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وقد يكون نائبا محضا في بعض الاحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب لم يجز تصرفه معهم بغبن يسير فأما الوكيل فنائب محض في تصرف خاص فيكون متهما في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وان كان بمثل القيمة (الا من عبده أو مكاتبه) فانه لا يجوز عندهما أيضا قيد في المبسوط بقوله الا من عبده الذي لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه اشارة الى أنه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشبه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال بعض الفضلاء فيه تأمل فان العبد الذي عليه دين محيط بما في يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى أقول نعم ان العبد الذي عليه دين محيط بماله ورقبته يملك مولاه ما في يده عندهما الا أنه يتعلق به حق الغرماء حتى لو أعتق مولاه من كسبه عبدا يعتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء وأما عند أبي حنيفة فلا يملك مولاه ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لا يعتق ففائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما أيضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن أن ينتزعه من يده ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين من مولاه شيأ من أكسابه وبيع مولاه منه شيأ من أمواله عندهم جميعا ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيأ من مولاه ولا بيع مولاه شيأ منه عندهم أصلا وسينكشف ذلك كله في كتاب المأذون فقوله في المبسوط لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه أن كسبه ملك خاص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه بخلاف العبد المديون قال المصنف في تعليل ماذكر في الكتاب من جانبهما (لان التوكيل مطلق) أي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضى موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة

(قال المصنف وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) أقول تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا ففيه خلاف كما يعلم من الشروح (قوله وعبارة الكتاب) أقول المراد منه قوله بمثل القيمة (قوله يدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز) أقول الا أن دليلهما يقتضي جوازه فالظاهر حمل ما في الكتاب على رواية الذخيرة والحاق الغبن اليسير بمثل القيمة (قوله وعكسه غير جائز) أقول يعني بغبن فاحش (قوله كذلك) أقول يعني بلا خلاف (قوله والمطلق يعمل باطلاقه) أقول صرح الشارح في كتاب الرجوع عن الشهادة بان الاطلاق كالعامة كل فتذكر

(ولا

ولا تهمة ههنا لانها اما أن تكون من حيث ايثار العين أو المالية وليس شئ منهما بموجود أما الاول فلان الاملاك متباينة حيث يحل للابن وطء جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطؤها ولا يحل له وطء جارية أبيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع وأما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي واعلم أنه يجوز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابليه بمحل واحد في حالة واحدة وكذا للمولى حق في أكساب المكاتب حتى لا تصح تبرعاته ولا تزويج عبده وينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب يعني سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع أمانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة

(٦٩)

ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة

(ولا تهمة ههنا) لانها اما أن تكون من حيث ايثار العين أو من حيث ايثار المالية وليس شئ منهما بموجود أما الاول فلما ذكر بقوله (اذ الاملاك متباينة) ألا يرى انه يحل للابن وطء جارية نفسه ولا يحل له وطء جارية أبيه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته جارية مشتركة ولما حل له وطؤها كما لا يحل له وطء جارية أبيه (والمنافع منقطعة) لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واذا كان الامر كذلك فلا نفع له من حيث ايثار العين فلا تهمة وأما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه فاذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي (بخلاف العبد) يعني الذي لا دين عليه لما عرفت (لانه بيع من نفسه) أي لان بيع الوكيل من مثل ذلك العبد بيع من نفسه (لان ما في يد العبد) أي ما في يد مثل ذلك العبد (للمولى) أي ملك خالص للمولى لا حق فيه للغير فصار البيع منه بيعا من نفسه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفي البيع كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما في العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى (وكذا للمولى حق في كسب المكاتب) حتى لا تصح تبرعاته ولا تزويج عبده (وينقلب حقيقة بالعجز) يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فصار كالعبد (وله) أي ولابي حنيفة (ان مواضع التهمة مستثناة من الوكالات) يعني سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت مواضع أمانة (وهذا) أي ما نحن فيه (موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة) أي فيما بينهم (ولان المنافع بينهم متصلة) لان كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار مال كل واحد منهم كمال

(قوله لانها اما أن تكون من حيث ايثار العين الخ) أقول أي من حيث ايثار هؤلاء بالعين أو بالمالية فيه بحث بل الظاهر أن المراد ايثار نفسه بأحدهما (قوله أما الاول فلان الاملاك متباينة الخ) أقول فلا نفع له في ايثار العين فلا تهمة (قوله ولا يحل له وطء جارية أبيه) أقول فيه بحث (قوله وأما الثاني فلان التقدير الخ) أقول ولانه ايثار لنفسه بالمالية ثم ان المفهوم من تعليله انه لو لم يقدر بمثل القيمة لوجد ايثار المالية لنفسه وليس كذلك ولا مجال لحمل كلامه على ايثار من ترد شهادته له كما هو مقتضى تقدير بعض الشروح وهو الظاهر لان قوله وليس شئ منهما بموجود يمنع عن الحمل عليه والجواب أن المراد من قوله وليس شئ منهما أي التهمتين من تينك الحيثيتين فتأمل (قوله يعني الذي لا دين عليه) أقول فيه تأمل فان العبد الذي عليه دين محيط بما في يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة (قوله لان الواحد اذا تولى طرفيه الخ) أقول ولان فيه مانع التهمة وهو ايثار العين لكن ما ذكره الشارح أعم حيث ينفي جوازه وان صرح به الموكل الا أنه بقي فيه بحث لان الاب والوصي يتوليان طرفي العقد كما اذا اشترى الاب مال ولده الصغير لنفسه أو باع ماله منه وكذا الوصي الا أن يقال تعدد الجهة مجوز للاجتماع فليتأمل (قوله وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابليه) أقول الضمير في قوله متقابليه راجع الى التقابل (قوله وهي موجودة ههنا) أقول قوله وهي راجع الى التهمة في قوله لكن مواضع التهمة مستثناة (قال المصنف ولان المنافع بينهم متصلة) أقول هذا الدليل لا يجري في الاخير

فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين فان قيل ما الفرق لابى حنيفة رحمه الله فى تجويز بيع المضارب من هؤلاء
بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهوره حكم الوكيل أجيب بان المضارب أعم تصرفا من

فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير) لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد

صاحبه من وجه (فصار) أى بيع الوكيل من هؤلاء (بيعا من نفسه من وجه) فكان فيه تهمة ايثار العين قال صاحب العناية فى شرح دليل أبى حنيفة ههنا ولابى حنيفة القول بالموجب أقول ليس الامر كذلك لان القول بالموجب على ما تقرر فى كتب الاصول التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف وههنا ليس كذلك لان حاصل التعليل المذكور من قبلهما أن التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الاملاك وانقطاع المنافع وحاصل ما ذكر من قبله أن التهمة متحققة والمنافع متصلة والظاهر أن ما له هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم والتزام له فلم يكن له من القول بالموجب فى شئ ثم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهى أن التوكيل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى قال المصنف (والاجارة والصرف على هذا الخلاف) يعنى أن الوكالة بالاجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يظن عدم جوازه مع هؤلاء بالاجماع فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما كذا فى الشروح أقول السلم أيضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير فكان الاحسن أن يذكره المصنف معهما كما قال فى المختلف حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور والسلم والصرف والاجارة على هذا الخلاف (قال) أى القدورى فى مختصره (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبى حنيفة) ويجوز بيعه باجل غير متعارف أيضا عنده صرح به فى الذخيرة وغيرها ولقب هذه المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع بما عز وهان وبأى ثمن كان والى أى أجل كان متعارفا أو غير متعارف كذا قالوا (وقالا) أى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه) أى لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير (ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير) أى لا يجوز الا بالنقود وكذا لا يجوز بيعه عندهما الا بأجل متعارف قال فى الذخيرة واذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار فى تلك السلعة جاز عند علمائنا وان باع بأجل غير متعارف فيما بين التجار فى تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فعلى قول أبى حنيفة يجوز وعلى قول أبى يوسف ومحمد لا يجوز وقال انما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن فى لفظه ما يدل على البيع بالنقد فأما اذا كان فى لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو أن يقول بع هذا العبد فاقض دينى أو قال بع فان الغرماء يلازموننى أو قال بع فانى أحتاج الى نفقة عيالى ففى هذه الصور ليس له أن يبيع بالنسيئة انتهى قال المصنف فى تعليل ما ذكر فى الكتاب من جانبهما (لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف) أى بما هو متعارف بين الناس (لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها) أى فتتقيد التصرفات بمواقع الحاجات (والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا) أى ولاجل تقيد التصرفات بمواقعها (يتقيد التوكيل بشراء الفحم) وفى بعض النسخ اللحم مكان الفحم لكن الفحم أليق لقران قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة الى اللحم كذا فى النهاية ومعراج الدراية (والجمد) بسكون الميم لا غير وما جمد من الماء فكان فيه

الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض) الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد وبالجمد بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بأيام الصيف

(قال المصنف فتتقيد بمواقعها) أقول فيه بحث (قوله فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما) أقول قوله فيما سواهما متعلق بقوله هو وقوله كهو متعلق بقوله الحكم

تسمية

وبالاضحية بأيام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك فى السنة الثانية لم يلزم الآمر ولان البيع بغبن فاحش بيع
من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصى لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه
لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة فى الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق
ينصرف الى الكامل ولابى حنيفة رحمه الله القول بالموجب أى سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق

والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصى وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبى حنيفة رحمه الله على ماهو المروى عنه

تسمية للاسم بالمصدر كذا فى الصحاح والديوان (والاضحية بزمان الحاجة) متعلق بتقييد أى بتقييد التوكيل بشراء هذه الامور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد وبشراء الجمد بأيام الصيف وبشراء الاضحية بأيام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك فى السنة الثانية لم يلزم الآمر (ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه) وهو ظاهر (وهبة من وجه) ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث والاب والوصى لا يملكانه وهو وكيل بالبيع دون الهبة (وكذا المقايضة) أى البيع بالعرض (بيع من وجه وشراء من وجه) لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة فى الملك شراء (فلا يتناوله) أى فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة (مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصى) لان المطلق ينصرف الى الكامل (ولابى حنيفة ان التوكيل بالبيع مطلق) أى غير مقيد بشئ (فيجرى) أى يجرى المطلق (على اطلاقه فى غير موضع التهمة) فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولابى حنيفة القول بالموجب أى سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة أقول هذا أقبح مما قاله فى المسئلة الاولى اذ لم يقل الخصم ههنا ان التوكيل بالبيع مطلق بل قال ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف يعنى أن ماهو فى صورة الاطلاق من الآمر فهو مقيد فى الحقيقة بالمتعارف فلم يقع منه الحكم بأن التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع أو التسليم فلا يتصور أن يكون ما ذكر من قبل أبى حنيفة ههنا قولا بالموجب بتسليم أن التوكيل بالبيع مطلق والحق أن حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الامر ههنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم اجراء المطلق على اطلاقه فى غير موضع التهمة وان حاصل معنى قوله (والبيع بالغبن أو بالعين) أى العرض (متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم) أى السآمة (من العين) تنزل فى الجواب من المنع المذكور يعنى سلمنا أن مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن أو العين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها وعند التبرم من العين وفى هذا لا يبالى بقلة الثمن وكثرته ونقديته الثمن وعرضيته فكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لاحد الخصمين على الآخر (والمسائل ممنوعة على قول أبى حنيفة على ماهو المروى عنه) أى من المسائل المستشهد بها من قبل الخصم وهى مسائل شراء الفحم والجمد والاضحية ليست مسلمة على قول أبى حنيفة بل هى مروية عن أبى يوسف على ذلك الوجه وأما عند أبى حنيفة فهى على اطلاقها لا تتقيد بزمان الحاجة قال فى غاية البيان ولئن سلمنا أنها تتقيد على قول أبى حنيفة أيضا فنقول انما تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لأن الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك

لكن المطلق يجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع (قوله والبيع بالغبن) تنزل فى الجواب يعنى سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن أو بالعين أى العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يبالى بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه أو تظهر مكابرته والمسائل المذكورة مروية عن أبى يوسف رحمه الله على ذلك الوجه وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فهى على اطلاقها والبيع بالغبن أو العين

(قوله لكن المطلق يجرى على اطلاقه الخ) أقول الاوجه أن يوجه بان التوكيل بالبيع مطلق والعرف العملى لا يصلح لتقييد المطلق كما قالوا فى كتاب الايمان بل الذى يصلح للتقييد هو العرف اللفظى ولو سلم فالعرف العملى مشترك فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض فليتأمل ثم أقول صرح فى أوائل فصل الشراء فى دليل مسئلة اجماعية بان العرف أملك فلا مخالفة لان مراده ثمة العرف اللفظى لا العملى (قوله أو لغيرها) أقول مختص بالبيع بالغبن (قوله بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه) أقول من قوله فتتقيد بمواقعها

وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير أن الاب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين أو تربص الجمد كالفقاعين لا يتقيد التوكيل كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذا التوكيل بالاضحية يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة انتهى وقال في الكافي ولانه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فأما هذا فعام انتهى وهكذا ذكر في الكفاية أيضا (وأنه) أي البيع بالغبن (بيع من كل وجه) جواب عن قولهما ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعني لا نسلم أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه (حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به) أي بالبيع بغبن فاحش فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض عليه بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر وأجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا أما حقيقة فظاهر وأما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر كذا في العناية أخذا من النهاية أقول في الجواب بحث لان حاصله الاعتراف باختلاف العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بادعاء أن البيع بغبن فاحش لا يخرج عن كونه بيعا لا حقيقة ولا عرفا فيرد عليه أنه ان أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعا من وجه فهو مسلم لكن لا يحصل به الجواب عما نحن فيه وان أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعا من كل وجه فهو ممنوع اذ هو أول المسئلة حيث لا يقول به الخصم بل يدعي أنه بيع من وجه وهبة من وجه ونحن بصدد الجواب عنه بمسئلة اليمين فاذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير الى الاصل المتنازع فيه (غير أن الاب والوصي لا يملكانه) جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي يعني أن الاب والوصي انما لا يملكان البيع بغبن فاحش (مع أنه بيع) أي من كل وجه (لان ولايتهما) أي ولاية الاب والوصي على الصغير (نظرية) أي بشرط النظر في أمر الصغير بالشفقة وايصال النفع اليه (ولا نظر فيه) أي في البيع بغبن فاحش (والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه) جواب عن قولهما وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه يعني لا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه (لوجود حد كل واحد منهما) قال صاحب

العناية

بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن أو العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بأنه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر وأجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع (٧٢) فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب كذلك وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا أما حقيقة فظاهر وأما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي أجاب بقوله غير أن الاب والوصي لا يملكانه ومعناه أن كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مأمورين سلمنا ذلك لكن ليس أمرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوصلا به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة

(قوله ان كلامنا في الامر المطلق الخ) أقول في مناسبة الجواب للسؤال بحث يظهر بملاحظة السؤال ومورده

(قوله وهو مبادلة المال بالمال الخ) أقول فيه نظر فان الباء في قوله بالمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء ثم ان أراد أن الحد المذكور حد لكل منهما على حدة كما هو المفهوم من ظاهر تقريره لزم اختلاله حيث يصدق على مقابل المعرف وان أراد انه حد للمعنى الاعم من كل منهما يكون قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه الخ بمعزل عن الحق لظهور بطلان القول بان كل ما صدق عليه حد الحيوان انسان من كل وجه فرس من كل وجه

عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيسقط ماقيل اذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فبماذا رجح أبو حنيفة رحمه الله جانب البيع وماقيل اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب أن لا تجوز المقايضة الا اذا كان مايقابله من العرض مثله في القيمة أو باقل منه يسيرا كما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وذلك لان الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ويجوز له أن يبيع بما عز وهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له أن يبيع بالاقل أصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على مافي الكتب ملاحظا بعين البصيرة محمد المتصدي لتلفيقه ان شاء الله تعالى

العناية وهي مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع قال وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه أقول فيه خلل أما أولا فلانه لا يخفى على أحد أن المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع وأن المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري والحد المذكور أعني مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب انما هو حد البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الايجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما فذلك بمعزل عن قوله لوجود حد كل واحد منهما وأما ثانيا فلان قوله وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد أن جعل هذا الحد حد الكل واحد من البيع والشراء يقتضي أن يكون كل البياعات الغير الاضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه اذ لا يخلو شيء منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في أول البيوع ولم يقل به أحد قط واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر فان الباء في قوله بمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى أقول هذا ساقط لان باء المقابلة والعوض لا تنافي تناول الحد المذكور الشراء فان المقابلة والمعاوضة يتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما بقي حديث دخول الباء على الثمن وسيجيء الكلام فيه ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوصلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة انتهى أقول هذا هو الصواب وان كان مقتضى تحريره أن يكون ضعيفا عنده الا أن المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة أنهما صادقان على بدلي المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات فان صدق البيع بالمعنى المزبور في سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيسقط ماقاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور انتهى فتدبر ثم قال صاحب العناية فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى أقول وفيه خلل لأن حاصله أن معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح أما أولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة أن لفظ البيع ولفظ الشراء من الاضداد يطلق كل منهما على كل من معنيي البيع والشراء وصرحوا به في أول كتاب البيوع حتى

(قوله وكلاهما صادق على المقايضة الخ) أقول بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور (قوله فالبيع والشراء يطلقان الى قوله يخصه عليه) أقول قوله باعتبارين متعلق بقوله يطلقان والضمير في قوله منهما راجع الى البيع والشراء والضمير في قوله يخصه راجع الى قوله كل والضمير في قوله عليه راجع الى قوله عقد (قوله وذلك لان الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه) أقول هذا تعليل لقوله السابق بأسطر وهو قوله فيسقط ماقيل الخ وقوله فيعتبر ذلك يعني يعتبر

البيع وقوله ويترجح جانبه يعني يترجح جانب البيع (قوله فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي الخ) أقول ما أشبه كلام الشارح هذا بما قال شارح رسالة آداب البحث التعلم والتعليم متحدان بالذات متغايران بالاعتبار ومهد به عذر الاكتفاء مصنف الرسالة بذكر التعلم حيث قال يحتاج اليها كل متعلم وبين اتحادهما بالذات بعض الافاضل وهو مولانا معين الدين (قوله يتعين كل منهما باطلاق لفظ الخ) أقول أي في المقايضة بخلاف غيرها مما يقابل فيه السلع بالنقود فان التعيين فيه لا يتوقف على اطلاق اللفظ المختص بل صاحب السلعة بائع وصاحب النقود مشتر (قوله لا يجوز له أن يبيع بالاقل) أقول اذا باع بجنسه

صرح نفسه أيضا هنالك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا وقال يقال باع الشئ اذا شراه أو اشتراه واذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص أحد اللفظين المذكورين بأحد المعنيين المزبورين وكيف يتصور تعين أحد هذين المعنيين باطلاق أحد ذينك اللفظين عليه ولا شك أن ماهو من الاضداد يصح اطلاقه على كل من معنييه على أن اتحاد معنيي البيع والشراء بالذات مما لم يقل به أحد من الثقات ولا يرى له وجه سديد وأما ثانيا فلان البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد أيضا بالتعاطى كما تقرر فى البيوع وفى صورة التعاطى لا يلزم اطلاق لفظ على شئ منهما فكيف يتم قوله يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشترى والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء وأما ثالثا فلانه لو تعين كل منهما بلفظ يخصه وامتاز به البائع عن المشترى لكان الصادر من أحد المتعاقدين بيعا ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هى حينئذ اما بيع واما شراء لا غير اللهم الا أن يحمل المراد بكونها بيعا وشراء من كل وجه على أنها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد وأما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف ثم انه فرع على ماذكره سقوط بعض ماقيل ههنا ولما لم يصح الاصل كما عرفته لم يصح الفرع أيضا لأن صحة الفرع فرع صحة الاصل كما لا يخفى واعلم أن ههنا أسئلة وأجوبة يستدعى بسطها تحقيق المقام فنقول ان قيل من المحال أن يوصف الشئ الواحد بصفة وبضدها فى حالة واحدة فلو قلنا بأن بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فى ذلك الوقت لزم هذا المحال قلنا انما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى غرض صاحبه وانما قلنا هكذا لان البيع لابد له من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما بأولى من الآخر فى أن يجعل هو مبيعا أو ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر فان قيل لا نسلم عدم الاولوية فى أحدهما لأنه لابد من ادخال الباء فى واحد منهما لتحقق الصاق البدل بالمبدل وما دخل عليه الباء يتعين للثمنية لما عرف أن الباء تصحب الاثمان فحينئذ يتعين الآخر لكونه مبيعا بحاله قلنا قد ذكر فى أوائل كتاب البيوع أن الباء انما تعين ما دخلت عليه للثمنية اذا كان ذلك الشئ من المكيلات أو الموزونات من غير الدراهم والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل والعروض المعينة متعينة للمبيعية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل أما المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهى موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تتعين للثمنية كما اذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة وأما اذا لم تدخل عليها الباء فلا تتعين لها أيضا ثم ان كلامنا ههنا فى بيع المقايضة وهى تنبئ عن المساواة يقال هما قيضان أى مساويان فكان كلا البدلين متعينا فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا وان دخلت الباء فى أحدهما فان قيل اذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن أى وجه رجح أبو حنيفة جانب البيع فيه حتى نفذ البيع على الآمر عنده اذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش قلنا رجح هو جانب البيع استدلالا بما ذكر فى المبسوط فى باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من أن جانب البيع يترجح على جانب الشراء فى البيع بعرض ألا يرى أن أحد المضاربين لو اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيأ من مال المضاربة توقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف أيضا حتى لو أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا أن جانب البيع يترجح فيه كذا فى النهاية ومعراج الدراية فان قلت كما أن كل واحد من عاقدى عقد المقايضة بائع بالنسبة الى عرض نفسه مشتر بالنسبة الى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدى عقد الصرف بائع ومشتر لما أن عقد الصرف بيع والبيع لابد له من مبيع وثمن وليس أحد البدلين أولى من الآخر

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده الخ) الوكيل بالشراء يجوز له أن يشترى بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه أو قد وجده خاسرا ألحقه بغيره على ما مر

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر

فى جعله مبيعا أو ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ثم الغبن الفاحش يتحمل فى بيع المقايضة على قول أبى حنيفة فى ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكره فى الذخيرة والمبسوط ولا يتحمل فى بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر فى باب الوكالة بالصرف من صرف المبسوط فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما فى العلة قلت الفرق بينهما انما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش هنا أيضا وذلك لان تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فان من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن أراد أن يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به فى المبسوط وأما فى بيع المقايضة فليس للوكيل أن يبيع من نفسه ولا أن يشترى لنفسه عرض الآخر بمقابلة عرض الموكل فلم ترد التهمة التى وردت فى حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك فى ظاهر الرواية على قول أبى حنيفة وذكر فى الذخيرة أن الوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول أبى حنيفة ان كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه الا أن الشراء أصل فى هذا العقد لان الثمنية فى الدراهم والدنانير أصل والعبرة للاصل فكان شراء من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل فى الشراء بالاتفاق كذا فى النهاية قال صاحب العناية ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له أن يبيع بالاول أصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى أقول فيه نظر لان موكله انما لا يملك البيع بالاول فيما اذا اتحد البدلان فى الجنس وأما اذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر فى كتاب الصرف ولا يخفى أن عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن فاحش على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر فى صورة اتحاد الجنس بل يعم صورتى اتحاد الجنس واختلافه بل المسئلة مصورة فى صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه وان وكله بالف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس فى مثله لم يجز على الآمر انتهى فتلزم هذه الصورة قطعا وتكفى فى ورود السؤال على ما ذكر فى الكتاب ولعمرى ان صاحب العناية قد خرج فى شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب وغبن فى تصرفه غبنا فاحشا ومع ذلك قال فى آخر كلامه فعليك بهذا وتطبيقه على ما فى الكتب ملاحظا بعين البصيرة بحمد المتصدى لتلفيقه ان شاء الله تعالى (قال) أى القدورى فى مختصره (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) وهى الغبن اليسير (ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) وهو الغبن الفاحش وقال فى شرح الاقطع وعن أبى حنيفة رواية أخرى انه يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر كذا فى غاية البيان علل المصنف ما فى الكتاب بقوله (لان التهمة فيه) أى فى الشراء (متحققة فلعله) أى فلعل الوكيل (اشتراه) أى اشترى الشئ الذى وكل به (لنفسه) أى لاجل نفسه (فاذا لم يوافقه ألحقه بغيره) وهو الموكل (على ما مر) اشارة الى ما ذكره فى فصل الشراء بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر انتهى والتهمة فى باب الوكالة معتبرة ولان الوكيل بالشراء يستوجب الثمن فى ذمة نفسه ويوجب لنفسه مثله فى ذمة الآمر والانسان متهم فى حق نفسه فلا يملك أن يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل فى ملكه بازائه ما يعدله ولهذا قال لو اشتريت وقبضت وهلك فى يدى فهات الثمن لا يقبل قوله بخلاف الوكيل

(قال المصنف والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) أقول قال الاتقانى قال الشيخ الامام خواهر زاده جواز عقد الوكيل جواز عقد الموكل بالشراء بزيادة يتغابن الناس فى مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد فأما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا أراد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت قال فى بيوع التتمة وبه يفتى انتهى وقال الزيلعى هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يبقى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا انتهى (قال المصنف ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) أقول قال الزيلعى وكذا لا يجوز شراؤه بغير النقدين لعدم التعارف انتهى وقد علم ذلك ضمنا فى التوكيل بالشراء فى شرح قوله ولو وكله بشراء شئ بعينه (قوله أو قد وجده خاسرا الخ) أقول فيه أن المراد بعدم الموافقة فى عبارة الهداية هو وجدانه خاسرا والا لا يكون دليلا لمدعاه فلا وجه لكلمة أو والظاهر أن أو تصحيف والاصل اذ قد وجده نعم يمكن أن يمنع عدم كونه دليلا لمدعاه فليتأمل

حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لانه لا يملك أن يشتريه لنفسه وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ رحمهم الله فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير أيضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل فى العقد ولا تتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال (والذى لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين) فيكون مقابله عما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة فى البلد كالعبيد والدواب فاما ماله ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة كالفلس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقوم بل المراد الداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل

حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل فى العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال (والذى لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين

بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندى كان القول قوله ولان أمره بالشراء يلاقى ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة فى ملك الغير فلا يعتبر اطلاق أمره فيه بخلاف البيع فان أمره يلاقى ملك نفسه وله فى ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم أو الاطلاق فى التوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل و بما لا يملكه من المال ونحن نعلم أنه لا يقصد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير وفى جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به على شئ من ماله سوى المبيع الذى رضى بزوال ملكه عنه وهذه فروق أربعة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء فى الغبن الفاحش ذكرت فى كتاب البيوع من المبسوط (حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا) أى المشايخ (ينفذ على الآمر) أى ينفذ العقد على الآمر وان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة (لانه) أى الوكيل (لا يملك شراءه) أى شراء ذلك الشئ المعين (لنفسه) وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه الغبن اليسير أيضا كما فى الذخيرة وغيرها (وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه) أى زوج موكله (امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده) أى عند أبى حنيفة ذكره محمد فى الاصل فى أول باب الوكالة فى النكاح حيث قال واذا وكل رجل رجلا أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه فهو جائز فان زادها على مهر مثلها فهو جائز فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد اذا زوجها بما يتغابن الناس فى مثله فهو جائز وان زاد أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا أن يرضاه واذا وكل رجل رجلا أن يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهى امرأته ولا يشبه هذا الشراء لو أمره أن يشترى عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر الى هنا لفظ الاصل قال المصنف فى تعليل ما فى الكتاب (لانه) أى الوكيل بالنكاح (لا بد من الاضافة الى الموكل فى العقد) أى فى عقد النكاح (فلا تتمكن هذه التهمة) أى تهمة أن يعقده أولا لنفسه ثم يلحقه بغيره (ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد) أى لا يضيفه الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان يعنى يجوز له الاطلاق ولا يجب عليه الاضافة الى الموكل فتتمكن تلك التهمة قال شيخ الاسلام خواهر زاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس فى مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد كالعبيد والدواب وغير ذلك وأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما فاذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وان قلت الزيادة كالفلس مثلا (قال) فى بيوع التتمة وبه يفتى (والذى لا يتغابن الناس فيه لا يدخل تحت تقويم المقومين) هذا لفظ القدورى فى مختصره ويفهم منه أن مقابله مما يتغابن فيه قال فى الذخيرة تكلموا فى الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش والصحيح ما روى عن محمد رحمه الله

(قال المصنف وكذا الوكيل بالنكاح الخ) أقول وكان ينبغى أن لا يجوز عنده أيضا لان الوكيل من قبل الزوج فى معنى الوكيل بالشراء (قال المصنف والذى لا يتغابن الناس الخ) أقول قال الاتقانى قال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب بن ادريس حكى عنهم أنهم قدروا اليسير فى العقار بده دوازده وفى الحيوان بده يازده وفى العروض بده نيم هذا كلامه انتهى هذا مخالف لما فى الهداية فان المفهوم منه أن القدر بما ذكر هو الغبن فى الفاحش (قوله قال شيخ الاسلام هذا التحديد فيما الخ) أقول هذا التحديد للفرق وازالة الاشتباه بين الغبن اليسير والفاحش فلا يرد أن قوله لان هذا مما يدخل الخ يدل على اعتبار هذا التحديد لان المراد بهذا التحديد تحديد كل واحد منهما للفرق بينهما واذ لا يسير فيما له قيمة معلومة بل كل زيادة فيه غبن فاحش لا تمس الحاجة الى الفرق

وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر وقيل الفاحش ويساعده سوق الكلام في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعل أصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان أقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه والله أعلم قال (واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه الخ) واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه واستوضح بقوله

وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده) لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال (واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله) لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع

في النوادر أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش قال واليه أشار في الجامع في تعليل مسئلة الزكاة قال المصنف (وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده) اعلم أن ظاهر سوق الكلام ههنا يشعر بأن يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش لان صريح ما ذكره سابقا كان تفسير الغبن الفاحش فاذا قال بعده وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه أن يكون هذا أيضا تفسير الغبن الفاحش وأما الذي يقتضيه التطبيق لما عين في سائر المعتبرات أن يكون مراده بذلك تفسير الغبن اليسير وعن هذا كان الشراح ههنا فرقتين فمنهم من تردد في تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما بقيل لا من عند نفسه ومنهم من جزم بالثاني فقال هذا بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر وقال الشارح الكاكي من هذه الفرقة وكان قوله وقيل معطوفا على ما تضمنه قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فانه اذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا والحق عندي أن يكون تفسير الغبن اليسير لانه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء وعامة المشايخ في كتبهم المعتبرة منهم الامام البارع علاء الدين الاسبيجابي فانه قال في شرح الطحاوي وروى عن نصير بن يحيى أنه قال قدر ما يتغابن الناس في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده انتهى ومنهم الشيخ أبو المعين النسفي فانه قال في شرح الجامع الكبير اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير ومنهم من قال ذلك مفوض الى رأي القاضي ومحمد قدر في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير بده نيم ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب حكي عنهم أنهم قدروا اليسير في العقار بده دوازده وفي الحيوان بده يازده وفي العروض بده نيم انتهى كلامه الى غير ذلك من الأئمة الكبار المتفقين على جعل ذلك تفسير الغبن اليسير هذا وانما كان التقدير في الاقسام المذكورة على الوجه المذكور (لان التصرف يكثر وجوده في الاول) وهو العروض (ويقل في الاخير) وهو العقارات (ويتوسط في الاوسط) وهو الحيوان (وكثرة الغبن لقلة التصرف) لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة التصرف وكثرته ثم ان عشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعلت أصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان أقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه وما كان أقل من الاقل اعتبر فيه ضعف ضعفه (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (واذا وكله) أي اذا وكل رجل رجلا (ببيع عبد) أي ببيع عبد له وفي بعض النسخ ببيع عبده (فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة) انما وضع المسئلة في العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح قال المصنف (لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع) فيجري على اطلاقه ونور ذلك بقوله

(قوله وقيل الغبن اليسير الخ) أقول أراد صاحب النهاية (قوله وهو الظاهر) أقول يعني من سائر الكتب (قوله ويساعده سوق الكلام) أقول يعني في الهداية والكافي (قوله في العروض) أقول مقول القول (قوله فاذا كان الغبن الخ) أقول توضيح للقيل الاول

ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به أولى (وقالا لا يجوز) لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة (الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى أن يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين أنه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما (وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل) لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر

(ألا ترى أنه لو باع الكل) أي كل العبد (بثمن النصف يجوز عنده) أي عند أبي حنيفة (فاذا باع النصف به) أي بذلك الثمن (أولى) أي فهو أولى لان امساك البعض مع بيع البعض بمقدار من الثمن أنفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن وقيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا فان قيل انما جاز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة وأما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فينبغي أن لا ينفذ على الموكل قلنا ضرر الشركة أقل وأهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فاذا جاز هذا على قوله فلأن يجوز ذلك وهو أهون أولى (وقالا لا يجوز) أي لا يجوز بيع نصف ذلك العبد (لانه غير متعارف) يعني أن التوكيل ببيع العبد ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف (ولما فيه من ضرر الشركة) لانها عيب (الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أي الموكل والوكيل (لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى أن يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين أنه) أي البيع الاول (وقع وسيلة) الى الامتثال (واذا لم يبع) الباقي (ظهر أنه) أي البيع الاول (لم يقع وسيلة) الى الامتثال (فلا يجوز وهذا) أي كون البيع موقوفا الى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة (استحسان عندهما) اذ القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف كذا في معراج الدراية وقال الزيلعي في التبيين وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله اه والمعنى الاول أنسب بعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن (وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا) الشقص الجزء من الشيء والنصيب كذا في المغرب (فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع) أي شراء البعض (وسيلة) الى الامتثال (فينفذ على الآمر) لانه يصير كأنه اشتراه جملة قال المصنف (وهذا) أي جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء موقوفا (بالاتفاق) بين أئمتنا الثلاثة ثم اختلف أبو يوسف ومحمد في التوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فقال أبو يوسف ان أعتقه الآمر جاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد ان أعتقه الوكيل جاز وان أعتقه الموكل لم يجز فأبو يوسف يقول ان العقد موقوف على اجازة الموكل ألا ترى أنه لو أجاز صح بخلافه نفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلم ينفذ اعتاقه ومحمد يقول انه قد خالف فيما أمره به وانما التوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف وقبل أن يشتريه بقي مخالفا فاذا أعتقه الآمر لم يجز كذا في النهاية والكفاية نقلا عن الايضاح (والفرق لابي حنيفة) أي بين البيع والشراء (أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر) اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ يعني أن التهمة متحققة في الشراء دون

ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف به أولى وقالا لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما فان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل آنفا في التوكيل بالبيع والفرق لابي حنيفة رحمه الله أن التهمة في الشراء متحققة على ما مر من قوله

(قوله فاذا باع النصف به أولى) أقول من أين علم أنه باع النصف به فانه يجوز أن يبيع النصف بربع الثمن الا أن يبني على الظاهر من الحال (قال الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أقول أراد به الاختصام الى القاضي ونقض القاضي البيع كما يدل عليه كلام بعض الشروح وقول المصنف قبل نقض البيع

فلعله اشتراه لنفسه الخ وفرق آخر أن الامر فى البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك بيع العبد كله أو نصفه وأما الامر بالشراء فانه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق أى اطلاق الامر وتقييده فيعتبر فيه العرف والعرف فيه أن يشترى العبد جملة ولقائل أن يقول هذا التعليل يقتضى أن لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء أمر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب أن القياس يقتضى ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبى صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بدله من محل فجعلناه الثمن الذى فى ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه أولى قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده الخ) ومن أمر رجلا أن يبيع عبده فباعه

وآخر أن الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه

البيع فافترقا من هذه الحيثية (وآخر) أى وفرق آخر لابى حنيفة بين البيع والشراء (أن الامر بالبيع) فى صورة التوكيل بالبيع (يصادف ملكه) أى ملك الآمر (فيصح) أى الامر بالبيع لولاية الآمر على ملكه (فيعتبر فيه اطلاقه) أى اطلاق الامر (والامر بالشراء) فى صورة التوكيل بالشراء (صادف ملك الغير) وهو مال البائع (فلم يصح) أى الامر بالشراء (فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق) أى تقييد الامر واطلاقه فيعتبر فيه المتعارف والمتعارف فيه أن يشترى العبد جملة كذا فى العناية وهو الذى يساعده ظاهر لفظ المصنف قال صاحب العناية بعد ما اكتفى بهذا القدر من الشرح ولقائل أن يقول هذا التعليل يقتضى أن لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء أمر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب أن القياس يقتضى ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبى صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بدله من محل فجعلناه الثمن الذى فى ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه أولى الى هنا كلامه أقول فى الجواب شئ وهو أن حاصله أنا لم نعمل بالاطلاق فى صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل فيتجه عليه أن مقتضى هذا أن لا يعمل بالاطلاق فى صورة التوكيل بالبيع أيضا لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك فان قلت لم يعمل بالقياس فى صورة الشراء فلو لم يعمل بالعرف أيضا لزم ابطال الدليلين معا بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على أن الامر فيها صادف ملك الآمر قلت لا تأثير لهذا الفرق ههنا لانا تركنا القياس فى صورة الشراء بالنص وهو أقوى من القياس فبقى الكلام فى العرف فلو جاز تقييد الاطلاق به فى صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الامكان لجاز تقييده به فى صورة البيع أيضا بناء على ذلك وقال صاحب غاية البيان فى شرح الفرق الثانى ان الامر فى صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمر فصح أمره لولايته على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق وأما الامر فى صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الامر مقصودا لانه لا ملك للآمر فى مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتأدى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقى قبل أن يختصما فيجوز على الآمر لانه حصل مقصوده انتهى أقول هذا القدر من البيان وان كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المصنف الا أنه حينئذ لا يتوجه السؤال الذى ذكره صاحب العناية ولا يحتاج الى ما ارتكبه فى جوابه كما لا يخفى على المتأمل (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه

(قوله فلعله اشتراه لنفسه) أقول وعدم الموافقة هنا لتعينه بالشركة فتدبر (قوله وفرق آخر أن الامر بالبيع الخ) أقول وتحقيقه أن العبد لما كان ملك البائع وملك الوكيل التصرف فى كله ملكه التصرف فى بعضه أيضا والعرف العملى لا يصلح مقيدا للفظ لكن قال لامرأته طلقى نفسك ثلاثا فطلقتها واحدة حيث يصح ومرت المسئلة فى الاختلاف فى الشهادات بدليلها ولما لم يملك الموكل للشراء بالشراء لم يملك التصرف فيه حتى يملكه الوكيل فيقال تمليك التصرف فى الكل يتضمن تمليكه فى البعض فلم يمكن اعتبار الامر فبقى اعتبار العرف العملى الحمد لله على ما هدانا (قوله فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق) أقول لظهور أن اعتبار اطلاق الامر وتقييده فرع عن صحة الامر (قوله واذا صح فلا بدله من محل فجعلناه الثمن) أقول ولا يمكن أن يجعل المحل عبارة الموكل والا يلزم أن يكون الوكيل بالشراء سفيرا لا تتعلق به الحقوق وقد مر من الشارح كلام متعلق بتحقيق المقام فتذكر

وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشترى عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضى ببينة أو باباء يمين أو باقرار فانه يرده على الآمر) لان القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج

وسلمه (وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشترى عليه) أى على البائع المشترى (بعيب لا يحدث مثله) أى لا يحدث مثله أصلا كالاصبع الزائدة والسن الشاغية أو لا يحدث مثله فى مثل هذه المدة (بقضاء القاضى) متعلق برده أى رده بقضاء القاضى وهو احتراز عما اذا كان الرد بغير قضاء كما سيأتى (ببينة) متعلق بقضاء القاضى أى قضائه ببينة المشترى (أو باباء يمين) أى أو قضائه باباء البائع عن اليمين عند توجهها اليه (أو باقراره) أى أو قضائه باقرار البائع (فانه) أى البائع وهو المأمور (يرده) أى يرد العبد الذى رد عليه (على الآمر) بلا حاجة الى خصومة اذ الرد على الوكيل فى هذه الصورة رد على الموكل فان قيل اذا أقر الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ الى قضاء القاضى لانه يقبله لا محالة فما معنى ذكر قضاء القاضى مع الاقرار قلنا يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضى كان اجبارا على القبول كذا فى النهاية وكثير من الشروح وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال فان قلت ان كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضاء القاضى فما فائدة ذكره قلت الكلام وقع فى الرد على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضاء لا يرد على الموكل وان كان عيبا لا يحدث مثله فى عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة اذا فهمه واغتنمه انتهى كلامه أقول هذا الجواب ليس بشاف اذ هو لا يحسم عرق السؤال لان ها تيك الفائدة مترتبة على وقوع القضاء أى حاصلة بعد حصوله وكلام السائل فى سبب وقوع القضاء ابتداء يعنى أن القضاء انما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات ولا شك أن فصل الخصومة ورفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة وفيما اذا أقر الوكيل بالعيب لا خصومة ولا منازعة فلا حاجة الى القضاء رأسا فأى سبب يقع القضاء حتى تترتب عليه تلك الفائدة فالجواب الشافى هو الاول لان امتناع المقر بالعيب عن قبول المعيب يقتضى الاحتياج الى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لان القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع) اذ الكلام فى عيب لا يحدث مثله (فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج) يعنى البينة والنكول والاقرار قال جماعة من الشراح هذا جواب عن سؤال سائل وهو أن يقال لما كان العيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضى على وجود هذه الحجج بل ينبغى أن يقضى القاضى بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البائع فأجاب بأن قال لم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج الخ أقول لا يذهب على من له ذوق صحيح أن معنى هذا الكلام وان كان صالحا لان يكون جوابا عن ذلك السؤال الا أن تفريع قوله ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج على ما قبله بادخال الفاء عليه يأبى ذلك جدا لان منشأ السؤال ما سبق قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه وكان صاحب النهاية ذاق هذه البشاعة حيث قال فى شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج هذا الذى ذكره دفع لسؤال سائل فقرر السؤال بالوجه المذكور ثم لما جاء الى تقرير الجواب قال فأجاب عنه بقوله وتأويل اشتراطها فى الكتاب أن القاضى يعلم الخ فجعل الجواب قوله وتأويل اشتراطها فى الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج لكن لا يجدى ذلك طائلا أما أولا فلانه قد اعترف ابتداء فى شرح قوله فلم يكن قضاؤه الى آخره بأن هذا دفع لذلك السؤال وأما ثانيا فلانه لا مجال لاخراج قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج عن جواب ذلك السؤال وادخاله فى التعليل السابق لان التعليل المذكور قد تم بدون القول المزبور والجواب عن ذلك السؤال لا يتم بدون هذا كما لا يخفى وأما صاحب معراج الدراية وغيره لما رأوا معنى الكلام بمقتضى المقام غير قابل للصرف

وقبض الثمن أو لم يقبضه فرده المشترى على البائع بعيب فاما أن يكون ذلك بقضاء أو بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما أن يكون بعيب يحدث مثله أو لم يكن فان لم يكن فاما أن يكون العيب ظاهرا والقاضى عاين البيع أو لم يكن فان كان الاول لا يحتاج الى حجة من بينة أو نكول أو اقرار لان القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكن فلا بد منها الا للقضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره

(قال المصنف بعيب لا يحدث مثله) أقول أى فى تلك المدة كما يفهم من المقابلة يدل عليه قول القاضى يعلم أنه لا يحدث فى مدة أشهر وهذا أعم مما لا يحدث أصلا أو يحدث لكن لا فى تلك المدة

وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا النساء أو الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال (وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو باباء يمين) لان البينة حجة مطلقة

الى غير ذلك صرحوا بان قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الخ جواب عن ذلك السؤال ولكن لم يتعرض أحد منهم لبيان ركاكة الفاء حينئذ فتلخص مما ذكرنا أنه لو قال المصنف ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه أسلم وأوفى (وتأويل اشتراطها) أي اشتراط هذه الحجج (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (ان القاضي يعلم انه) أي العيب المذكور (لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه) أي على القاضي (تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج) أي الى واحدة منها (لظهور التاريخ) أي لاجل ظهور التاريخ عنده حتى يتبين له أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه (أو كان عيبا) اشارة الى تأويل آخر أي أو كان العيب الذي يريد المشتري الرد به عيبا (لا يعرفه الا النساء) كالقرن في الفرج ونحوه (أو الاطباء) أي أو عيبا لا يعرفه الا الاطباء كالدق والسعال القديم (وقولهن) أي قول النساء (وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة) للمشتري (لا في الرد) أي ليس بحجة في الرد على البائع (فيفتقر) أي القاضي (اليها) أي الى الحجج المذكورة (في الرد) على البائع أقول في هذا التأويل نظر اذ على هذا لا يتم قول المصنف فيما مر آنفا فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج والاحتياج الى التأويل انما كان لاجل تتميم ذلك بل على هذا لا يتم جواب أصل المسئلة أيضا اذ ينبغي حينئذ أن يكون الجواب في الرد على المأمور بعيب لا يحدث مثله مثل الجواب في الرد عليه بعيب يحدث مثله في صورة ان كان ذلك باقرار لانه لما لم يكن قول النساء ولا قول الاطباء حجة في حق الرد بل كان القاضي فيه مفتقرا الى احدى الحجج المذكورة فيما لا يحدث مثله أيضا كان قضاؤه على المأمور باقراره قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المأمور اليها فينبغي أن لا تتعدى الى الآمر بعين ما ذكروا فيما يحدث مثله فتامل ثم ان صاحب الكافي زاد ههنا تأويلا ثالثا وقدمه على التأويلين اللذين ذكرهما المصنف حيث قال ومعنى شرط البينة والنكول والاقرار أن يشتبه على القاضي أن هذا العيب قديم أم لا أو علم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا النساء أو الاطباء كالقرن في الفرج ونحوه وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة ولكن لا يثبت الرد به ولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد انتهى وذكره صاحب غاية البيان أيضا أقول ذلك التأويل مما لا أرى له وجه صحة ههنا لان الكلام في الرد بعيب لا يحدث مثله والعيب الذي يشتبه على القاضي أنه قديم أم لا مما يحدث مثله اذ لا شك أن المراد بما يحدث مثله ما يجوز أن يحدث مثله عند المشتري لا ما يتعين حدوثه عنده والا لما صح رده على البائع ولو بحجة وان المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز أن يحدث مثله عند المشتري فالذي يشتبه انه قديم أم لا مما يجوز أن يحدث مثله والا لما اشتبه حاله فان ما لا يجوز أن يحدث مثله قديم البتة (حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج) أي القاضي (الى شيء منها) أي من تلك الحجج (وهو) أي الرد على الوكيل (رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة) مع الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل (قال وكذلك اذا رده) أي وكذلك الحكم اذا رد المشتري العبد (عليه) أي على الوكيل (بعيب) أي بسبب عيب (يحدث مثله ببينة) متعلق برده أي رده عليه ببينة (أو باباء يمين) أي بالنكول عن اليمين (لان البينة حجة مطلقة)

وقد لا يكون العيب ظاهرا كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النساء أو الاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء أو الطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رده ببينة أو باباء يمين فكذلك لان البينة حجة مطلقة أي كاملة فتتعدى

(قال المصنف فيفتقر اليها) أقول قال الاتقاني أي فيفتقر المشتري الى الحجة وهي نكول البائع عن اليمين مثلا برد المبيع انتهى ولعله قصور

والوكيل مضطر فى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر قال (فان كان ذلك باقراره لزم المأمور) لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لانه بيع جديد فى حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ

أى كاملة فتتعدى كذا فى العناية وهو الظاهر وقيل أى مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل كذا فى معراج الدراية أخذا من الكافى (والوكيل مضطر فى النكول) هذا جواب عن خلاف زفر فى اباء عن يمين فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل كمن اشترى شيأ وباعه من غيره ثم ان المشترى الثانى وجد عيبا فرده على المشترى الاول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه فجعل هذا ومالو رد عليه باقراره سواء فى حق البائع فكذا فى حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر فى هذا النكول (لبعد العيب عن علمه) أى عن علم الوكيل (باعتبار عدم ممارسة المبيع) فانه لم يمارس أحوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف أن يحلف كاذبا فينكل والموكل هو الذى أوقعه فى هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (فيلزم الآمر) أى فيلزم العبد الآمر أو فيلزم حكم النكول الآمر بخلاف ما اذا أقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول فيكون هو فى الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشترى الاول فانه مضطر الى النكول ولكن فى عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره كذا فى المبسوط والفوائد الظهيرية (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (فان كان ذلك) أى الرد على الوكيل (باقرار) أى باقراره (لزم المأمور) أى لزم العبد المأمور وهو الوكيل (لان الاقرار حجة قاصرة) فيظهر فى حق المقر دون غيره (وهو) أى المأمور (غير مضطر اليه) أى الى الاقرار (لامكانه السكوت والنكول) برفع السكوت والنكول يعنى يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالسكوت والنكول (الا أن له أن يخاصم الموكل) يعنى لكن للوكيل أن يخاصم الموكل (فيلزمه ببينة أو بنكوله) أى بنكول الموكل قال بعض الفضلاء لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة فى المخاصمة هنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى أقول ليس هذا بتام اذ يجوز أن يقر الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ففائدة الخصومة أن يجبره القاضى على القبول كما قالوا فى اقرار الوكيل على أنه يجوز أن يظهر اقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها فلا معنى لقوله اذ لا فائدة فى المخاصمة ههنا اذا كان مقرا فتدبر (بخلاف ما اذا كان الرد) أى الرد باقرار الوكيل (بغير قضاء) يعنى أن ما سبق من ان للوكيل أن يخاصم الموكل فيما اذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضى باقراره وأما اذا كان ذلك بغير قضاء (والعيب يحدث مثله) فبخلافه (حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه) يعنى الموكل (لانه) أى الرد بالاقرار والرضا من غير قضاء (بيع جديد فى حق ثالث) وان كان فسخا فى حق المتعاقدين (والبائع) يعنى الموكل (ثالثهما) أى ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشترى قال صاحب غاية البيان وكان ينبغى أن يقول أن يخاصم موكله أو يقول آمره وكان ينبغى أيضا أن يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما أو الآمر ثالثهما لان الكلام فى مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى واعتذر عنه صاحب العناية بان قال عبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكأنه باعه اياه انتهى (والرد بالقضاء فسخ) هذا جواب سؤال وهو أن يقال ينبغى أن لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل أصلا فيما اذا حصل الرد باقرار

باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه أمكنه السكوت أو الانكار حتى تعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول لكن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ

(قال المصنف فان كان ذلك باقرار لزم المأمور) أقول قال الكاكى واذا كان عيبا لا يحدث مثله فرده باقراره بقضاء يكون ردا على الموكل باتفاق الروايات لان القاضى فسخ العقد بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع لا باقراره فيلزم الآمر كما لو رده ببينة انتهى بقى ههنا أمر وهو ما اذا كان علم القاضى للعيب القديم باقرار الوكيل بأن كانت الجارية ملكا للوكيل ثم باعها من الموكل ووهبها له ثم باعها الوكيل بالوكالة من آخر فأراد المشترى لرد عليه بعيب القرن أو الرتق أو الفتق وأقر الوكيل عند القاضى بعيب ففى مثل هذه الصورة ينبغى أن يلزم الوكيل وكان له أن يخاصم الآمر بجريان الدليل بعينه وليتأمل (قوله أو بنكول الموكل الخ) أقول لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة فى المخاصمة هنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل

لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة
الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء القاضي لانه

لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين

الوكيل لكونه بيعا جديدا في حق الموكل فقال الرد بالقضاء فسخ (لعموم ولاية القاضي) يعني أن الرد بالقضاء لا يحتمل أن يكون عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضي لان القاضي يرده على كره منه فيجعل فسخا لعموم ولاية القاضي (غير أن الحجة قاصرة وهي الاقرار) يعني لكن الفسخ استند الى حجة قاصرة وهي الاقرار فعملنا بالجهتين (فمن حيث الفسخ) أي من حيث ان الرد بالقضاء فسخ (كان له) أي للوكيل (أن يخاصم) أي مع الموكل (ومن حيث القصور في الحجة) أي من حيث ان الاقرار حجة قاصرة (لا يلزم الموكل الا بحجة) أي الا باقامة الوكيل الحجة على الموكل قال صاحب العناية وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء لانه يقبله لا محالة انتهى أقول فيه بحث اذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل أن هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله وما قال في النهاية انما هو في أصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء فانه اذا أقر الوكيل بالعيب لم يبق هنالك حاجة الى قضاء فمن أي وجه يتحقق القضاء حتى تترتب عليه الفائدة المذكورة وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية فان للسائل أن يقول ثبت العرش ثم انقش ثم ان صاحب النهاية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السؤال وأجاب عنه بان قال يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فبقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول انتهى وقد ذكرنا السؤال والجواب في أول المسئلة ولا يخفى أن ذلك الجواب جواب حسن ووجه وجيه فان فيه لمندوحة عن التوجيه الذي تعلل به المصنف في باب خيار العيب في مسئلة رد المشتري الثاني على المشتري الاول بعيب بقضاء القاضي باقرار أو ببينة أو باباء يمين حيث قال هنالك ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي أن يكون له ولاية الرد على الموكل كما في الوكيل بالاجارة فانه اذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل فكذا هذا قلنا من أصحابنا من قال لا فرق بينهما في الحقيقة لان المعقود عليه في اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان المؤجر فيكون هذا من المبيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الآمر فكذا في الاجارة وقال شمس الأئمة السرخسي وفي الكتاب علل للفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة ليس باجارة في حق أحد لان على احدى الطريقتين الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد الا أن يجعل ذلك عقدا مبتدأ وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى أن يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة كذا في النهاية ومعراج الدراية (ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء) أي وكان الرد بغير قضاء (باقراره) أي باقرار الوكيل (يلزم الموكل من غير خصومة في رواية) أي في رواية كتاب البيوع من الاصل (لان الرد متعين) وذلك لانهما فعلا غير ما يفعله القاضي لو رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه اقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل قال في الكافي فاذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء

يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما أن يكون بعيب يحدث مثله أولا فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له أن يخاصم آمره وعبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء والبائع أي الموكل ثالثهما وان كان الثاني والرد باقرار لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل

(قال المصنف ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة) أقول وعدم الاضطرار اليه وهذا مراد أيضا كما يفهم من تقرير المصنف والا فينبغي أن لا يلزم الموكل في صورة النكول أيضا الا بحجة لان النكول حجة قاصرة أيضا خصوصا على أصلهما فانه اقرار عندهما (قوله لأنه يقبله لا محالة) أقول اذ لا نسلم انه يقبله بدون القضاء لئلا تفوت تلك الفائدة

وفى عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق فى وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه فى الكفاية بأطول من هذا قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتنى ببيعه ولم تقل شيأ فالقول قول الآمر) لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال (وان اختلف فى ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب) لان الاصل فى المضاربة العموم

كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع فى الهبة (وفى عامة الروايات) أى عامة روايات المبسوط (ليس له) أى للوكيل (أن يخاصمه) يعنى لايلزم الموكل وليس للوكيل أن يخاصمه (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه بيع جديد فى حق ثالث (والحق) أى حق المشترى (فى وصف السلامة) هذا جواب عن قوله فى رواية كتاب البيوع لان الرد متعين يعنى لانسلم أن الرد متعين لان حق المشترى يثبت أولا فى الجزء الفائت وهو وصف السلامة (ثم ينتقل) بضرورة العجز عن ذلك (الى الرد ثم) ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب أو بحدوث زيادة فى المبيع (الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد) وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لايحتمل التحول الى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع قال المصنف (وقد بيناه فى الكفاية باطول من هذا) يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهى شرح للبداية ألفها المصنف قبل الهداية كماذكره فى الديباجة ولم نعلم وجود نسخها الآن ولم نسمع أن أحدا رآها قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور وهكذا ذكر الروايتان فى شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى أن لايخاصم بالكلية وكان الاقرب أن يقال لايلزمه ولكن له أن يخاصم انتهى أقول ولعمرى ان رتبته لاتحتمل الاقدام على مثل هذا الكلام لان ماعده أقرب قول ثالث لارواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجراءة عليه من عند نفسه سيما بعد الاطلاع على الادلة المذكورة فانها تقتضى مافى احدى الروايتين البتة لاغير كما لايخفى على المتأمل (قال) أى قال محمد فى الجامع الصغير (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتنى ببيعه ولم تقل شيأ فالقول قول الآمر) يعنى اذا اختلف الآمر والمأمور فى اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتنى ببيعه ولم تقل شيأ زائدا عليه فالقول قول الآمر (لان الامر يستفاد من جهته) أى من جهة الآمر ومن يستفاد الامر من جهته فهو أعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان فى العقد مايخالف مدعاه وليس بموجود وقد أشار اليه بقوله (ولا دلالة على الاطلاق) اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على أحد الوجهين على أن الاصل فى عقد الوكالة التقييد لان مبناه على التقييد حيث لايثبت بدون ذلك فانه مالم يقل وكلتك ببيع هذا الشئ لايكون وكيلا ببيعه ألا يرى أنه لو قال لغيره وكلتك بمالى أو فى مالى لايملك الا الحفظ وكان مدعيا لما هو الاصل فيه فكان القول قوله (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وان اختلف فى ذلك) أى فى الاطلاق والتقييد (المضارب ورب المال) فقال رب المال أمرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيأ (فالقول قول المضارب) قال صاحب العناية فى تصوير الاختلاف ههنا فقال رب المال أمرتك أن تعمل فى البز وقال المضارب دفعت الى المال مضاربة ولم تقل شيأ أقول هذا التصوير لايطابق المشروح وهى مسئلة الجامع الصغير فان صورتها هكذا محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال رب المال أمرتك أن تبيعه بالنقد دون ماسواه وقال المضارب أعطيتنى المال مضاربة ولم تقل شيأ قال القول قول المضارب الذى أخذ المال انتهى لفظ محمد قال المصنف فى تعليل هذه المسئلة (لان الاصل فى المضاربة العموم) يعنى أن الامر

وفى عامة الروايات انه لايلزم الامر الرد متعين ممنوع لان حق المشترى فى الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم تأتيهما لدى عدم القضاء قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدى بنقد الخ) اذا اختلف الآمر والمأمور فى اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتنى ببيعه ولم تقل شيأ فالقول للآمر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان فى العقد مايخالف مدعاه وليس ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لايثبت بدون التقييد فانه مالم يقل وكلتك ببيع هذا الشئ لايكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بمالى أو فى مالى لايملك الا الحفظ فليس فى العقد مايدل على خلاف مدعاه من الاطلاق ولو اختلف المضارب ورب المال فى الاطلاق والتقييد فقال رب المال أمرتك أن تعمل فى البز وقال المضارب دفعت الى المال مضاربة ولم تقل شيأ فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا أن فى العقد مايخالف دعواه لان الاصل فى المضاربة العموم

وليس للمأمور أن يخاصمه لما ذكرنا أنه بيع جديد فى حق ثالث وقوله

وان

(قوله ثم انه ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع) أقول اذا امتنع الرد بتعيب المبيع عند المشترى بعيب آخر

ألاترى أنه علك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ماإذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى أى أجل كان عند أبى حنيفة وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) لان الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما

وإن كان مستفادا من جهة رب المال الآن فى العقد ما يخالف دعواه بناء على أن الاصل فى المضاربة العموم والاطلاق (ألاترى أنه) أى المضارب (علك التصرف بذكر لفظ المضاربة) يعنى أن المضاربة تصح عند الاطلاق ويثبت الاذن عاما (فقامت دلالة الاطلاق) أى فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعى الاطلاق فى المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله (بخلاف ماإذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع) أى فى نوع مسمى (والمضارب فى نوع آخر) أى وادعى المضارب المضاربة فى نوع آخر (حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل) أى عقد المضاربة (الى الوكالة المحضة) وفيها القول للآمر كما مر آنفا (ثم مطلق الامر بالبيع) فى صورة الوكالة (ينتظمه) أى ينتظم البيع (نقدا ونسيئة الى أى أجل كان) متعارف عند التجار فى تلك السلعة أو غير متعارف فيها (عند أبى حنيفة وعندهما يتقيد بأجل متعارف) حتى لو باع بأجل غير متعارف عند التجار بأن باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما (والوجه قد تقدم) أى الوجه من الجانبين قد تقدم فى مسئلة الوكيل بالبيع فان أبا حنيفة عمل بالاطلاق وهما بالمتعارف قال صاحب الغاية وكان الانسب أن يذكر مسئلة النسيئة فى أوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار الى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع) أى الرهن (فى يده أو أخذ به) أى بالثمن (كفيلا فتوى المال عليه) أى على الكفيل (فلا ضمان عليه) أى على المأمور قال الكاكى فى معراج الدراية فلا ضمان عليه أى على الكفيل وتبعه الشارح العينى أقول لا وجه له أصلا اذ الضمان على الكفيل أمر مقرر ليس بمحل الشك فضلا عن الحكم بخلافه وإنما الكلام فى عدم الضمان على الوكيل اذ هو محل شبهة فهو مورد البيان ألاترى قول المصنف فى تعليل المسئلة (لان الوكيل أصيل فى الحقوق) أى فى حقوق العقد (وقبض الثمن منها) أى من الحقوق (والكفالة توثق به) أى بالثمن (والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء) أى لجانب استيفاء الثمن فقد ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا موكدين لحق استيفاء الثمن (فيملكهما) أى فيملكهما الوكيل فاذا ضاع الرهن فى يده لم يضمن لان استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث انه بدله أقيم مقامه ولو هلك الثمن فى يده هلك أمانة فكذلك الرهن وقيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هى على حقيقتها والتوى فيها بأن يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها بأن يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه أو يموت الكفيل مفلسا كذا فى الشروح واعلم أن القول الثالث هو الذى ذهب اليه

كالبيع (الى خمسين سنة عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه) من الجانبين (تقدم) فى مسئلة الوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هى على حقيقتها والتوى فيها بأن يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها هو أن يأخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا وإنما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله

(قوله قيل المراد بالكفالة الى قوله يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه أو يموت الكفيل مفلسا) أقول قوله يرفع الامر الى حاكم يعنى الى حاكم مالكى يرى براءة الاصيل ولا يرى الرجوع على الاصيل بموت الكفيل مفلسا ورجح الزيلعى القيل الثالث لان المراد توى مضاف الى أخذ الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما فى الرهن ولا يتحقق ذلك فى القيل الثانى لانه لو لم يأخذ كفيلا لتوى بموت من عليه الدين مفلسا وفى الحوالة لا يتوى بل يرجع به على المحيل

بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

﴿فصل﴾ قال (واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك

صاحب الكافي حيث قال فتوى المال على الكفيل بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل انتهى وان الامام الزيلعي قد اختار ذلك وزيف القولين الاولين حيث قال في التبيين وفي النهاية المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشئ لان المراد ههنا توى مضاف الى أخذ الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لم يتوده كما في الرهن والتوى الذى ذكره ههنا غير مضاف الى أخذ الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا أيضا التوى بموت من عليه الدين مفلسا وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف الى أخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا الى ههنا كلامه فتأمل (بخلاف الوكيل بقبض الدين) اذا أخذ بالدين رهنا أو كفيلا فانه لا يجوز (لانه) أى الوكيل بقبض الدين (يفعل نيابة) أى يتصرف نيابة عن الموكل حتى اذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه (وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن) فيقتصر على قدر المأمور به دون غيره (والوكيل بالبيع يقبض) أى يقبض الثمن (أصالة) لا نيابة (ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه) أى عن قبض الثمن فينزل الوكيل في ذلك منزلة المالك والمالك لو أخذ بالثمن رهنا أخذ به كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع

﴿فصل﴾ لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما كذا في الشروح قال في غاية البيان بعد ذكر هذا الوجه ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كبير حاجة الا أن يقال يفهم ههنا شئ آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والاعتاق والاجارة وهذا حسن انتهى (واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) هذا لفظ القدورى في مختصره اعلم أن هذا الحكم فيما اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدى أو بخلع امرأتى وأما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف كما صرح به في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبيع والشراء واذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به أيضا فأيهما باع جاز لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حيث وكله ببيعه وحده بخلاف الوصيين اذا أوصى الى كل واحد منهما في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في أصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف انتهى قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور في مختصر القدورى وهو عدم جواز تصرف أحد الوكيلين بدون الآخر (في تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك) **أقول** فيه شئ وهو أنه لو كان هذا الذى ذكره القدورى في مختصره مقيدا بتصرف يحتاج فيه الى الرأى لما احتاج الى استثناء أمور أربعة من الامور الخمسة التى استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور وهى ما سوى الخصومة لانها مما لا يحتاج فيه الى الرأى كما سيأتى التصريح به من المصنف ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الامور

بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا أخذ بالدين رهنا أو كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن أصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض

﴿فصل﴾ وجه تأخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا (واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف) لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن تلزمهما الاحكام أو أحدهما صبى أو عبد محجور ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال وكلتكما ببيع كذا أو بخلع كذا

لان الموكل رضى برأيهما الابرأى أحدهما ولومات أحدهما أوذهب عقله ليس للآخرأن يتصرف

لان الموكل رضى برأيهما الابرأى أحدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى قال (الاأن يوكلهما بالخصومة) لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب فى مجلس القضاء والرأى يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة

الجملة فى الاستثناء بكلمة واحدة لان الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر الى التوكيل بالخصومة ومنقطعا بالنظر الى التوكيل بما سواها وقد تقرر فى كتب الاصول أن صيغة الاستثناء حقيقة فى المتصل مجاز فى المنقطع فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فالاظهر أن كلام القدورى ههنا مطلق وبعد الاستثناء الآتى يخرج منه مالا يحتاج فيه الى الرأى ومايحتاج فيه الى الرأى ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر الى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام فان قلت ليس مراد المصنف أن كلام القدورى ههنا مقيد بماذكره المصنف قبل دخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ما ذكر بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتى عليه قلت حاصل المعنى ههنا بملاحظة الاستثناء الآتى أن يكون التوكيل فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى ولا يتعذر الاجتماع عليه وهذا أخص مماذكره المصنف فبيان المعنى ههنا بماذكره لايطابق الحاصل من كلام القدورى لاقبل الاستثناء ولابعده فلا يجدى كبيرطائل كمالايخفى وقال المصنف فى تعليل أصل المسئلة (لان الموكل رضى برأيهما الابرأى أحدهما) اذلاينال برأى أحدهما ماينال برأيهما حتى ان رجلا لو وكل رجلين ببيع أوبشراء فباع أحدهما أواشترى والآخرحاضر لم يجز الاأن يجيزالآخر فى المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخرحاضر فأجاز بيعه جاز وان كان غائبا عنه فأجازه لم يجزفى قول أبى حنيفة كذا فى الذخيرة وذكر فى المبسوط لو وكل رجلين ببيع شئ وأحدهما عبد محجور أوصبى لم يجزللآخرأن ينفرد ببيعه لانه مارضى ببيعه وحده حين ضم اليه رأى الآخر ولو كانا حرين فباع أحدهما والآخر حاضر فأجاز كان جائزا لان تمام العقد برأيهما ولومات أحدهما أوذهب عقله لم يكن للآخرأن يبيعه وحده لانه مارضى برأيه وحده (والبدل وان كان مقدرا) هذا جواب شبهة وهى أنه اذاقدرالموكل البدل فى البيع ونحوه لايحتاج الى لرأى فينبغى أن ينفرد كل واحدمنهما بالتصرف فى ذلك كمافى التوكيل بالاعتاق بغيرعوض فأجاب عنها بان البدل وان كان مقدرا (ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى) يعنى أن تقدير البدل انمايمنع النقصان لاالزيادة وربمازادالثمن عند اجتماعهمالذكاء أحدهما وهدايته دون الآخر فيحتاج الى رأيهما من هذه الحيثية وكذا يختار أحدهما المشترى الذى لايماطل فى الثمن دون الآخر فيحتاج الى ذلك من هذه الحيثية أيضا (قال) أى القدورى فى مختصره (الاأن يوكلهما بالخصومة) هذا استثناء من قوله فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعنى أن أحدالوكيلين لايتصرف بانفراده الافى الخصومة فانه لوخاصم أحدهما بدون الآخرجاز وذكر فى الفوائد الظهيرية فاذا انفرد أحدهما بالخصومة هل يشترط حضور صاحبه فى خصومته بعض مشايخنا قالوا يشترط وعامة مشايخنا على أنه لايشترط واطلاق محمد يدل على هذا قال المصنف فى تعليل مافى الكتاب (لان الاجتماع فيها) أى فى الخصومة (متعذر للافضاء الى الشغب) الشغب بالتسكين تهييج الشر ولايقال شغب بالتحريك كذافى الصحاح (فى مجلس القضاء) ولابدمن صيانة مجلس القضاء عن الشغب لان المقصود فيه اظهار الحق وبالشغب لايحصل ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء فلماوكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة أحدهما (والرأى يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة) اشارة الى دفع قول زفر فانه قال ليس لاحدهما أن يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأى والموكل انمارضى برأيهما وجه

(قوله والبدل وان كان مقدرا) جواب عمايقال اذاقدرالموكل البدل فقداستغنى عن الرأى بعده فيجوزأن يتصرف أحدهما ووجه ذلك أن البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لايمنع استعماله فى الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل أن يزيدالثمن ويختاران من هوأحسن أداء للثمن وقوله (الاأن يوكلهما بالخصومة) استثناء من قوله فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعنى أن أحد الوكيلين لايتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى الرأى الافى الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب فى مجلس القضاء وقوله (والرأى يحتاج اليه سابقا) اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما أن يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأى والموكل رضى برأيهما ووجه ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل فى تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك

(قوله يعنى أن أحدالوكيلين الخ) أقول لعله بيان لخلاصة المعنى والا يكون الاستثناء منقطعا بالنسبة الى الطلاق والعتق بغير عوض من غير ضرورة داعية اليه اذ المستثنى منه وهو كلام القدورى مطلق عن الاحتياج الى الرأى كمالايخفى (قوله ووجه ذلك أن المقصود الخ) أقول ناظر الى قوله اشارة الى دفع قول من قال الخ

(قال أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد وديعة عنده أو قضاء دين عليه) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما لانه تفويض الى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس

الدفع أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل فى تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك (قال) أى القدورى فى مختصره (أو بطلاق زوجته بغير عوض) هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة أى أو ان توكلهما بطلاق زوجته بغير عوض فان لاحدهما أن يطلقها بانفراده (أو بعتق عبده بغير عوض) أى أو ان توكلهما بعتق عبده بغير عوض فان لاحدهما أن يعتقه وحده (أو برد وديعة عنده) أى أو ان توكلهما برد وديعة فان لاحدهما أن يردها منفردا قيد بردها اذ لو وكلهما بقبض وديعة له لم يكن لواحد منهما أن ينفرد بالقبض صرح به فى الذخيرة فقال قال محمد رحمه الله فى الاصل اذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض أحدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما عليه ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين أنفع فاذا قبض أحدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا ثم قال فان قيل ينبغى أن يصير ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مأمور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مأمور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه وأما فى حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شئ منه انتهى وذكر صاحب العناية مضمون ما فى الذخيرة ههنا ولكن ما عزاه الى الذخيرة وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية وفيه كلام وهو أن هذا انما يتم فيما يقسم عند أبى حنيفة على ما سيجئ فى الوديعة انتهى أقول ليس كلامه بشئ اذ منشؤه الغفول عن قيد الاذن فان الذى سيجئ فى الوديعة هو أنه ان أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر وهذا عند أبى حنيفة وقالا لاحدهما أن يحفظه باذن الآخر فى الوجهين انتهى ولا يخفى أن المفهوم منه أن لا يجوز حفظ أحدهما الكل بلا اذن صاحبه فى الوجهين معا بلا خلاف وأن لا يجوز ذلك باذن الآخر أيضا فيما يقسم عند أبى حنيفة خلافا لهما وما ذكر فى الذخيرة وفى العناية انما هو فيما اذا قبض أحدهما الكل بغير اذن صاحبه فهو تام فى الوجهين معا بالاتفاق (أو بقضاء دين عليه) أى أو أن توكلهما بقضاء دين على الموكل فان لاحدهما الانفراد فيه أيضا (لان هذه الاشياء) يعنى الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض ورد الوديعة وقضاء الدين (لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو) أى بل أداء الوكالة فيها (تعبير محض) أى تعبير محض لكلام الموكل (وعبارة المثنى والواحد سواء) لعدم الاختلاف فى المعنى (وهذا) أى جواز انفراد أحدهما (بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما) حيث لا يجوز انفراد أحدهما فى هاتين الصورتين (لانه) أى لان ما قاله لهما فيهما (تفويض الى رأيهما) فلا بد من اجتماعهما وتنور ذلك بقوله (ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر فى باب تفويض الطلاق واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا

وقوله (أو بطلاق زوجته بغير عوض) وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق فهو جائز وكذا بالعتق المفرد وكذا اذا وكله برد الوديعة أو بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين أنفع فاذا قبض أحدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مأمور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه وأما منفردا فغير مأمور بقبض شئ منه قوله (وهذا) أى جواز انفراد أحدهما (بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما لانه تفويض الى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف فى ملك الآخر قيل ينبغى أن يقدر أحدهما على ايقاع نصف تطليقة وأجيب بأن فيه ابطال حق الآخر فان قيل الابطال ضمنى فلا يعتبر أجيب بأنه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع

(قوله ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما الخ) أقول أى نصفه فيما يقسم أو الكل فيما لا يقسم ثم أقول هذا عام لما يقسم وما لا يقسم كما لا يخفى بل هذا ظاهر فيما لا يقسم (قوله لانه مأمور بقبض النصف الخ) أقول بين فيما يقسم اذ علم من أول الكلام حال ما لا يقسم أو بالاولوية ولا يبعد أن يقال أحد الوكيلين فيما لا يقسم مأمور بقبض النصف أيضا وفى النصف الآخر نائب عن الوكيل الآخر فيتم الكلام قسمى الوديعة فافهم ثم اعلم أن قوله لانه مأمور بقبض النصف الخ جواب عن سؤال مقدر (قوله ألا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس الخ) أقول منقوض بقوله طلقاها وانه تمليك أيضا كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة ولا مدخل لاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا

لهما

ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به) لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به

لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف فى ملك الآخر قيل ينبغى أن يقدر أحدهما على ايقاع نصف تطليقة وأجيب بان فيه ابطال حق الآخر اذ بايقاع النصف تقع تطليقة كاملة فان قيل الابطال ههنا ضمنى فلا يعتبر وأجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما الى الاجتماع وقال بعض الفضلاء قوله ألا يرى أنه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك أيضا كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة ولا مدخل للاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا انتهى أقول جميع مقدمات دليله على النقض سقيم أما قوله فانه تمليك أيضا فلانه خلاف المقرر لان قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل لا تمليك وقد صرح به المصنف فى باب تفويض الطلاق حيث قال وان قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها فى المجلس وبعده وله أن يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقى نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا انتهى وأما قوله كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة فلانه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله وأما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا فلانه خلاف المصرح به ألا يرى الى قول المصنف فى أول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع انتهى والى قوله فى أواسط فصل الامر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى (ولانه) أى الآمر (علق الطلاق بفعلهما) أى بفعل المأمورين (فاعتبره) صيغة أمر من الاعتبار (بدخولهما) أى فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين أى بدخولهما الدار مثلا يعنى يشترط ثمة لوقوع الطلاق دخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهى طالق لا تطلق مالم يوجد الدخول منهما جميعا فكذلك ههنا لا يقع الطلاق مالم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قال صاحب النهاية قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجع الى قوله طلقاها ان شئتما وقوله لانه تفويض الى رأيهما راجع اليه والى قوله أمرها بأيديكما وقد تبعه فى جعل قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجعا الى قوله طلقاها ان شئتما كثير من الشراح فمنهم من صرح به كصاحب العناية حيث قال قوله ولانه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها ان شئتما ومنهم من أظهره فى أثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول المصنف فاعتبره بدخولهما حتى لو قال ان دخلتما الدار فهى طالق لا تطلق مالم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا ههنا فى قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق مالم يوجد فعل التطليق منهما جميعا أقول وأنا لا أرى بأسا فى ابقاء كلام المصنف ههنا على ظاهر حاله وهو أن يكون كل واحد من تعليليه عاما للصورتين معا بناء على أن التعليق كما يوجد فى صورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما يوجد أيضا فى صورة ان قال لهما أمرها بأيديكما وقد صرح المصنف فى فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق وقال الشراح فى بيانه وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فانت طالق انتهى ولذلك لم أخصص قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما بل شرحته بوجه يعم الصورتين معا كما رأيته (قال) أى القدورى فى مختصره (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لانه) أى الموكل (فوض اليه) أى الى الوكيل (التصرف) أى التصرف الذى وكل به (دون التوكيل به) أى لم يفوض اليه التوكيل بذلك التصرف فلا يملكه (وهذا) أى عدم جواز توكيل الوكيل فيما

(قوله ولانه) متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول أحدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل ففى قوله طلقاها أيضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع أحدهما أجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئتما فان قيل فاجعله مثل قوله أمرها بأيديكما مفوضا الى رأيهما أجيب بأنه ليس يحتاج الى الرأى بخلاف الامر باليد قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به الخ) وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا

(قوله فان قيل فاجعله) أقول الضمير فى قوله فاجعله راجع الى قوله طلقاها فى قوله فان قيل ففى قوله طلقاها الخ

وهذا لانه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء قال (الا أن يأذن له الموكل) لوجود الرضا (أو يقول له اعمل برأيك) لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز فى هذا الوجه يكون الثانى وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته

وكل به (لانه) أى لعلة أن الموكل (رضى برأيه) أى برأى الوكيل (والناس متفاوتون فى الآراء) فلا يكون الرضا برأيه رضا برأى غيره فيكون الوكيل فى توكيل الغير مباشرا غير ما أمر به الموكل ولا يجوز قال صاحب العناية وفيه تشكيك وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى من الاول وأيضا الرضا برأى الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثانى لو لم يكن أقوى رأيا أو فوقه فى رأى الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن أن يجاب عنه بان العبرة فى القوة فى الرأى لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأى والتصرف فى الامور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله انه ظن أن لا ئمة من يفوقه فى هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى أقول الجواب الذى ذكره انما يدفع الوجه الاول من التشكيك المذكور دون الوجه الثانى منه لان قبول توكيل الاول وان كان مناقضا لظن الموكل الا أن رد توكيله أيضا مناقض لرضا الموكل برأى الوكيل كما ذكره فى الوجه الثانى منه فما الرجحان فى اختيار هذا التناقض على ذلك التناقض ثم أقول فى الجواب عن الوجه الثانى منه ان الموكل انما رضى برأى الوكيل فى تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع أو الشراء أو الاجارة أو نحو ذلك والتوكيل ليس بداخل فى ذلك التصرف فلا تناقض فى رد توكيله وانما يصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برأى الوكيل فى التوكيل أو برأيه مطلقا ولهذا اذا أذن له الموكل فى التوكيل أو قال له اعمل برأيك يجوز توكيله كما سيأتى واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لانه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء بان الدليل خاص بما يحتاج الى الرأى والمدعى عام لغيره أيضا أقول أصل الدليل أنه رضى بفعله دون فعل غيره والناس متفاوتون فى الافعال فيتم ما يعمه المدعى الا أنه أخرج الكلام مخرج الغالب فقال لانه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء (قال) أى القدورى فى مختصره (الا أن يأذن له الموكل) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به فانه اذا أذن له فى ذلك يجوز أن يوكل غيره (لوجود الرضا) أى لوجود الرضا حينئذ برأى غيره أيضا (أو يقول له) عطف على يأذن له الموكل أى أو الا أن يقول للوكيل (اعمل برأيك) فيجوز أيضا أن يوكل غيره (لاطلاق التفويض الى رأيه) أى الى رأى الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الاجازة قال المصنف (واذا جاز فى هذا الوجه) أى اذا جاز توكيل الوكيل غيره فى هذا الوجه الذى يجوز التوكيل فيه وذلك بان يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فوكل غيره (يكون الثانى) أى الوكيل الثانى وهو وكيل الوكيل (وكيلا عن الموكل) لا عن الوكيل الاول (حتى لا يملك الاول) أى الوكيل الأول (عزله) أى عزل الوكيل الثانى (ولا ينعزل) أى الوكيل الثانى (بموته) أى

(قوله وهذا لانه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء) وفيه تشكيك وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى رأيا من الاول وأيضا الرضا برأى الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثانى لو لم يكن أقوى رأيا أو فوقه فى رأى الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن أن يجاب عنه بان العبرة للقوة فى الرأى لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختياره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأى والتصرف فى الامور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من حاله أنه ظن أن لا ئمة من يفوقه فى هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز (قوله الا أن يأذن) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فانه ان أذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فقد رضى برأى غيره أو أطلق التفويض الى رأيه وذلك يدل على تساويه مع غيره فى التصرف فى ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز فى هذا الوجه يكون الثانى وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته

(قال المصنف لانه رضى برايه) أقول الدليل خاص بما يحتاج الى الرأى والمدعى عام لغيره أيضا (قوله فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى رأيا الخ) أقول فيكون الرضا بتوكيله ثابتا بطريق الاولى (قوله وأيضا الرضا برأى الوكيل الخ) أقول لا يذهب عليك انه انما رضى برأيه فى التصرف فيما وكل به وليس التوكيل منه والناس يتفاوتون وليس كل من هو أهدى بطريق المعاملات أعرف وأبصر بأحوال الرجال فليتأمل فانه ينبغى أن يحمل كلام الشارح على هذا (قوله لو لم يكن أقوى رأيا أو فوقه) أقول الضمير فى قوله أو فوقه راجع الى قوله رأيا (قوله انه ظن أن لا ئمة من يفوقه من هذا التصرف) أقول الظاهر أن يقال فى هذا التصرف (قوله فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز) أقول يعنى قبول توكيله جبرا من الشرع (قال المصنف حتى لا يملك الاول عزله) أقول فيه انه ينبغى أن يملك عزله فيما اذا قال الموكل اعمل برأيك

بموت

و ينعزلان بموت الاول وقدم نظيره في أدب القاضي قال (فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز) لان المقصود حضور رأى الاول

بموت الوكيل الاول (و ينعزلان) أى الوكيل الاول والوكيل الثاني (بموت الاول) أى بموت الموكل الاول (وقدم نظيره في أدب القاضي) وهو ما ذكره في فصل آخر قبيل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك الى أن قال واذا فوض اليه ملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله أقول والعجب من الشراح ههنا سيما من فحولهم كصاحب العناية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية انهم قالوا في بيان ما مر نظيره في أدب القاضي وهو ما ذكره هنالك بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك الى أن قال ولو قضى الثاني بمحضر من الاول أو قضى الثاني فأجازه الاول جاز كما في الوكالة فخلطوا الكلام في قوله كما في الوكالة مع أن نظير ما ذكره المصنف هنا انما هو ما تركوه وهو قوله هنالك بعد ذكر ما ذكروه واذا فوض اليه ملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله وكانهم انما اغتروا بما في قوله كما في الوكالة من التشبيه بالوكالة لكن مراده بذلك انما هو التشبيه بما سيأتي من أنه ان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لا يخفى بقي ههنا بحث وهو أن قول المصنف حتى لا يملك الاول عزله ظاهر في صورة أن يأذن له الموكل في التوكيل لان الاذن له في ذلك لا يقتضي الاذن له في العزل أيضا وأما في صورة أن يقول له اعمل برأيك فهو مشكل لانهم صرحوا بان قوله اعمل برأيك توكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل غيره وأنه اثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك فحينئذ ينبغي أن يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني أيضا بعموم وكالته عن الموكل الاول وبكونه كالمالك باثبات صفة المالكية له كما أن للقاضي أن يستخلف على القضاء وأن يعزل عنه اذا فوض اليه النصب والعزل عن قبل الخليفة على ما عرف في محله و يؤيده هذا ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ما صنعت من شئ فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله و يكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول أو عزل أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني ولو مات الموكل الاول أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثاني جاز عزله لان الموكل الاول رضي بصنيع الاول وعزل الاول الثاني من صنيع الاول الى ههنا كلامه ولا يخفى أن الموكل الاول فيما نحن فيه أيضا رضي بعمل الوكيل الاول برأيه وأن عزل الوكيل الاول الثاني من عمله برأيه فينبغي أن يجوز عزله اياه والفرق بينهما مشكل دونه خرط القتاد (قال) أى القدوري في مختصره (فان وكل) أى الوكيل (بغير اذن موكله فعقد وكيله) أى وكيل الوكيل (بحضرته) أى بحضرة الوكيل الاول (جاز) أى جاز العقد (لان المقصود) أى مقصود الموكل الاول (حضور رأى الاول) أى حضور رأى

بينهما وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال محمد رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكره في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر منها وشرط اجازته قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل جاز حكى عن الكرخي رحمه الله انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع أنه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا أجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب بعض عامة المشايخ رحمهم الله وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقده محتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسئلة روايتين ووجه عدم الجواز بدونها ما ذكر ووجه الجواز أن المقصود حضور الرأى وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا أحد وكيلي البيع

(قوله وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال محمد قال في الجامع الصغير الخ) أقول قوله محمد مقول القول ومبتدأ وقوله قال في الجامع الخ خبره (قوله وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقده محتاج الى الاجازة البتة) أقول الضمير في قوله وعقده راجع الى قوله فضوليا (قوله وهو أصل) أقول الظاهر أن يقال وهو حاصل

وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد رحمه الله فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط وأما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكره وتوجيه كونه فضوليا في أحد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مأمور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب أن الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين

وقد حضر

الوكيل الاول (وقد حضر) أي وقد حضر رأيه في الصورة المذكورة فحصل مقصوده فجاز العقد قال صاحب النهاية فان قلت ما الفرق بين هذا وبين أحد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه فانه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه بل لا بد من الاجازة صريحا كما ذكر في الذخيرة والمبسوط قلت ماذكره في الجامع الصغير من أن عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الاول محمول على ما اذا أجاز الوكيل الاول عقد الوكيل الثاني لا مطلق الحضرة هكذا ذكر في الذخيرة وقال ثم ان محمدا رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر من وكالة الاصل وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الاول جاز وحكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ماذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا أجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له في ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان الاجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا ههنا ومتى أجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل في المسئلتين روايتين ووجه رواية الجواز من غير اجازة الاول أن بيع الثاني حال غيبة الاول انما لا يصح لتعري العقد عن رأي الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد رأي الاول وعلى هذا أحد وكيلي البيع والاجارة اذا أمر صاحبه بالبيع أو الاجارة فباع بحضرته في رواية لا يجوز الا باجازته وفي رواية يجوز من غير اجازته انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط وأما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكره انتهى وأجاب بعض الفضلاء عن نظره فيما نقل عن محمد حيث قال أنت خبير بان قوله فأجاز الوكيل عطف على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ماذكره انتهى أقول وفيه نظر لانه يجوز أن تكون الفاء في قوله فأجاز الوكيل للسببية لا للعطف كما في قولك زيد فاضل فاكرمه ونحو الذي يطير فيغضب زيد الذباب على ماذكروا في موضعه ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فأجاز الوكيل عطفا على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فلا نسلم كون قوله فأجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدي المعطوف عليه أعني قوله والوكيل الاول حاضر أو غائب اذ قد تقرر في محله أن العطف على مقيد بشئ انما يوجب تقييد

والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون سكوته غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه هذا ماسنح لي في هذا الموضع والله أعلم بالصواب

(قوله وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل وليس ذلك نصا الخ) أقول أنت خبير بأن قوله فأجاز الوكيل الاول عطف على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ماذكره فتأمل ثم أقول لا يخفى عليك ان مآل ماذكره تخطئة مشايخنا في مثل ذلك الامر الذي لا يخفى على أصاغر الطلبة والظاهر أن فهمهم هذا المعنى ليس من تلك العبارة فقط بل بانضمام قرائن في أثناء تقرير دليل المسئلة أو غيره بل الظاهر أن ماذكره ليس عبارة محمد بعينها بل تصرفوا فيها أو جزؤها (قوله فلانه معارض بأن المقصود الخ) أقول واذا تعارضا تساقطا وبقي كون الاصل في التوكيل الخصوص سالما عن المعارضة فلا يجوز بلا اجازة فتأمل (قوله وتوجيه كونه فضوليا الى قوله بخلاف وكيل الوكيل) أقول هو وغيره مأمور بالتصرف استقلالا فيكون في تصرفه كذلك فضوليا ألا ترى أن أحدهما اذا قبض نصف الوديعة ضمن كما سبق في الصحيفة السابقة

وتكلموا في حقوقه (وان عقد في حال غيبته لم يجز) لانه فات رأيه الا أن يبلغه فيجيزه (وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه) لانه حضر رأيه (ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز) لان الرأي فيه يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه

تقييد المعطوف بذلك الشيء فيما اذا كان القيد مقدما على المعطوف عليه كما في قولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وقولنا ان جئتني أعطك وأكرمك وأما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء وما نحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى فلم يجب فيه أن يتقيد المعطوف بقيد المعطوف عليه بل جاز أن يتعلق بواحد منهما فقط ثم قال صاحب العناية واعلم الصواب أن الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه انتهى قال المصنف (وتكلموا في حقوقه) أي في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ فيه قال الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الاول كذا في المنتقى وقال في الذخيرة ثم اذا باع أو اشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الجامع الصغير وذكر البقالي في فتاواه أن الحقوق ترجع الى الاول وفي حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني انتهى وقال في فتاوى قاضيخان فان وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر في الاصل أن الحقوق ترجع الى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى (وان عقد) أي الوكيل الثاني (في حال غيبته) أي في حال غيبة الوكيل الاول (لم يجز) أي لم يجز العقد (لانه فات رأيه) أي رأي الوكيل الاول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه (الا أن يبلغه) أي الا أن يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الاول (فيجيزه) أي فيجيز الوكيل الاول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رأيه (وكذا لو باع غير الوكيل) أي وكذا يجوز لو باع الاجنبي (فبلغه) أي فبلغ خبر البيع الوكيل (فأجازه) أي فأجاز البيع بعد بلوغ الخبر (لانه حضر رأيه) أي باجازته (ولو قدر الاول) أي الوكيل الاول (الثمن) أي ثمن ما أمر ببيعه (للثاني) أي للوكيل الثاني الذي وكله بغير اذن موكله بان قال له بعه بكذا (فعقد بغيبته) أي فعقد الثاني بذلك الثمن المقدر بغيبة الاول (يجوز) أي العقد (لان الرأي يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا) انما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتي بيانه (وقد حصل) أي وقد حصل تقدير الثمن الذي هو المقصود بالرأي واعلم أن هذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن انما يمنع النقصان لا الزيادة فلو باشر الاول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن) فانه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار (لانه لما فوض اليهما) أي لان الموكل لما فوض الرأي الى الوكيلين (مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري) الذي لا يماطل في تسليم الثمن (على ما بيناه) اشارة الى قوله فيما مر

(قوله وتكلموا في حقوقه) يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد رحمه الله في الجامع الصغير وتكلم المشايخ رحمهم الله في ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني (وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز) لفوات رأيه الا أن يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه بحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف رحمه الله وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على القدر المعين لذكائه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار

(قوله حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني) أقول فيه نظر اذ يقال ثبت العرش ثم انقشه

لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى على مامر من قوله ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى وأما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه فى معظم الامر وهو التقدير فى الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت فى الوكالات أن يوكل الاهدى فى تحصيل الارباح وذلك انما يكون فى التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لايبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة قال (واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته) اذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة مسلمة حرة أو باع أو اشترى لها يعنى تصرف فى مالها بالبيع أو الشراء لم يجز ذلك وانما احتيج الى التأويل لان قوله أو اشترى لها يحتمل أن يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لامحالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق أما الرق فلان المرقوق لايملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالى الا بتوكيل من غيره وليس بموجود وأما الكافر فلا ولاية له على المسلم الحر لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لاتقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظرية وهى تحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما

أما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه فى معظم الامر وهو التقدير فى الثمن قال (واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز) معناه التصرف فى مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية ألا يرى أن المرقوق لايملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لاولاية له على المسلم حتى لاتقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلابد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما

والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى (أما اذا لم يقدر) أى الموكل (الثمن وفوض الى الاول) أى وفوض الرأى الى الوكيل الاول (كان غرضه) أى غرض الموكل (رأيه) أى رأى الوكيل الاول (فى معظم الامر) أى معظم أمر عقد البيع (وهو التقدير فى الثمن) وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت فى الوكالة أن يوكل الاهدى فى تحصيل الارباح وذلك انما يكون فى التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لايبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة كذا فى الشروح أقول لقائل أن يقول اختيار المشترى الذى لايماطل فى تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمات أمورها أيضا كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى فكيف يتم أن يقال ههنا فبعد ذلك لايبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة أو باع) أى أو باع واحد منهم (أو اشترى لها) أى للصغيرة الموصوفة المذكورة (لم يجز) أى لم يجز شئ من تصرفاتهم المذكورة قال المصنف (معناه) أى معنى قول محمد أو باع أو اشترى لها (التصرف فى مالها) أى فى مال الصغيرة المذكورة بالبيع أو الشراء وانما احتاج الى هذا التأويل لان قوله أو اشترى لها يحتمل معنيين أحدهما أن يشترى لها شيأ من مال نفسه والآخر أن يشترى لها بمالها ولما كان الاول جائزا لامحالة كان المراد ههنا هو الثانى وقال فى تعليل المسئلة (لان الرق والكفر يقطعان الولاية) يعنى أن التصرفات المذكورة من باب الولاية والرق فى العبد والمكاتب والكفر فى الذمى يقطعان الولاية (ألا يرى أن المرقوق لايملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره) يعنى اذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة (وكذا الكافر لاولاية له على المسلم) لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (حتى لاتقبل شهادته) أى شهادة الكافر (عليه) أى على المسلم (ولان هذه) أى هذه الولاية (ولاية نظرية) أى ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغار لعجزهم (فلابد من التفويض) أى تفويض هذه الولاية (الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر) بالقدرة والشفقة (والرق يزيل القدرة) قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لايقدر على شئ (والكفر يقطع الشفقة على المسلم) كما لايخفى (فلا تفوض اليهما)

أى

(قوله فبعد ذلك لايبالى بنيابة الآخر عنه الخ) أقول اختيار المشترى أيضا من معظمات أمور التجار فلا نسلم أنه بعد تقدير الوكيل الاول الثمن تكون النيابة فى مجرد العبارة

(قال أبو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) لان الحربي أبعد من الذمي فأولى بسلب الولاية وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح

أي فلا تفوض هذه الولاية النظرية الى العبد والكافر قال الشارح العيني وفي بعض النسخ الى العاقد المشفق مكان القادر المشفق وجعل الشارح الكاكي هذه النسخة أصلا وقال وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد أقول وأنا لم أر نسخة الى العاقد فقط ولم أجد لها وجها ههنا اذ لا يوجد حينئذ لقول المصنف والرقيق بل القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن (قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) أي لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله قال الشراح انما خص قولهما بالذكر مع أن هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء ونحوهما نافذة وان قتل على الردة عندهما بناء على الملك وقد تركا أصلهما في تصرفاته على ولده ومال ولده فانها موقوفة بالاجماع أقول قد أدرج في قولهما الحربي أيضا والعذر الذي ذكروه لا يجري فيه قطعا فلا يتم (لان الحربي) وان كان مستأمنا (أبعد من الذمي) لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام وهو الجزية بخلاف الحربي فانه لم يتحقق في حقه شيء من الاصل والخلف (فأولى بسلب الولاية) أي فالحربي أولى بسلب الولاية يعني اذا سلبت ولاية الذمي كما عرفت فالحربي أولى بسلبها (وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (لكنه) أي لكن تصرفه (موقوف) أي موقوف على اسلامه ان أسلم صح وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل (على ولده ومال ولده) متعلق بما يرجع اليه ضمير لكنه وهو التصرف بمعنى الولاية يعني لكن تصرفه أي ولايته على ولده ومال ولده موقوف على اسلامه (بالاجماع) متعلق بقوله موقوف أقول لا يخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرتد أن في كلام المصنف ههنا تعقيدا قبيحا واحتياجا الى بيان معناه بالوجه الذي شرحناه به وأنا أتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له أصلا مع تقيدهم بكثير من الامور الجزئية البينة في مواضع شتى لخفي العبارة ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وأما المرتد فان ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالاجماع (لانها) أي لان ولاية الاب على ولده ومال ولده (ولاية نظرية وذلك) أي الولاية النظرية بتأويل المذكور أو بان استعمال ذلك مشترك (باتفاق الملة) أي بسبب اتفاق الملة بين الاب والولد (وهي) أي الملة (مترددة) في حق المرتد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجو الوجود لان المرتد مجبور عليها فيجب التوقف (ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل) أي تصرفه (وبالاسلام) أي بالعود الى الاسلام (يجعل) أي المرتد (كانه لم يزل مسلما فيصح) أي تصرفه أقول بقي في هذا المقام شيء وهو أن ما ذكره من قوله واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته الى ههنا ليس من مسائل الوكالة قط وقد وجد ذكره مرة في باب الاولياء والاكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى فذكره مرة أخرى سيما في كتاب الوكالة بعيد المناسبة

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي أبعد من الذمي وان كان مستأمنا لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي فالحربي أولى وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان أسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظر به وذلك أي الولاية النظرية بتأويل المذكور أو بأن استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده وان أسلم جعل كانه لم يزل مسلما فصحت ولما كان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تركا أصلهما في نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال أبو يوسف ومحمد وان كانت المسئلة بالاتفاق

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن أولانها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض أي بقبض الدين والعين (خلافا لزفر رحمه الله هو يقول رضي بالخصومة وليس القبض

بخصومة) لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي (ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض) لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والافلاس ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) عندنا خلافا لزفر هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيأ ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض

باب الوكالة بالخصومة والقبض

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن أولانها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور كذا في العناية وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح أيضا واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة رضي الله تعالى عنهم وانظر الى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها اهـ أقول هذا ساقط جدا لان المراد أن الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا وانما شرعت ووقعت من الاشراف باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم بنعم أولا كما سيأتي بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا وقد وقع التصريح به ههنا أيضا في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا أخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعا بل هو مقرر على حقيقته (قال) أي القدوري في مختصره (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) أطلق كلامه في رواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا فان الامام المحبوبي قد ذكر أن الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا وكيل بالقبض (عندنا) أي عند علمائنا الثلاثة كذا في النهاية ومعراج الدراية (خلافا لزفر) فانه يقول الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلا بالقبض وبه قال الشافعي في الاظهر ومالك وأحمد وعن الشافعي في وجه أنه يملك القبض كما قلنا (هو) أي زفر (يقول) انه (رضي) أي الموكل (بخصومته) أي بخصومة الوكيل (والقبض غير الخصومة) لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحقوق والقبض فعل حسي (ولم يرض به) أي ولم يرض الموكل بالقبض اذ يختار للخصومة في العادة ألح الناس وللقبض آمن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بأمانته عادة (ولنا أن من ملك شيأ ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض) يعني أن الوكيل بالشئ مأمور باتمام ذلك الشئ واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة باقية مالم يقبض وذلك لانه مالم يقبضه يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل ويحتاج الى المرافعة باثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمنا كذا قرره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط والاسرار واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية في تقريره ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والافلاس ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب

باب الوكالة بالخصومة والقبض

(قوله لان الخصومة تقع) أقول أي قد تقع (قوله أو لانها مهجورة شرعا) أقول قوله أولانها مهجورة معطوف على قوله لان الخصومة الخ فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة وانظر الى تفسيره الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها (قوله لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي) أقول فيه نظر (قوله ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام الخ) أقول مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه (قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض) أقول ان أريد بالقبض قبض الوكيل فغير مسلم وان أريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه (قوله لتوهم الانكار بعد ذلك الخ) أقول قد سبق من الشارح في فصل القضاء بالمواريث أن أمثال ذلك نادر والنادر لا حكم له فراجعه

والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه فى معناه وضعا

واجب اه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله وانما أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به مخالف لما أسلفه فى أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه اقول ليس هذا بشئ فان منشأه الغفلة عن فائدة قوله مادام وكيلا فى قوله ان الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به اذ لا شك أن الوكيل مادام ثابتا على وكالته يجب عليه أداء ما أمر به والا يلزم تغرير الآمر وهو ممنوع شرعا ومعنى ما ذكر فى أوائل كتاب الوكالة ان الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز أن يباشر الوكيل ما فوض اليه وان لا يباشره بشرط عزل الموكل اياه أو عزل الوكيل نفسه واعلامه الموكل ثم رد عليه أيضا ذلك البعض فى قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض بانه ان أريد قبض الوكيل فغير مسلم وان أريد ما يعمه وقبض الموكل فسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه أقول المراد بذلك قبض الوكيل أو الموكل و يترتب عليه مطلوبه قطعا فتقتضى مقدمته القائلة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لانه لما فوض الموكل الخصومة الى الوكيل والتزم الوكيل اقامتها دخل فى ضمن ذلك ما لا تتم الخصومة الا به وهو القبض فلملكه الوكيل قطعا ووجب عليه القيام به مادام على وكالته (والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال) ومشايخ بلخ أفتوا بقول زفر لان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر وأما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بأمانته وقبضه و به أفتى الصدر الشهيد أيضا كذا ذكره الامام المحبوبى فى جامعه وذكر فى الشروح أيضا الا أن صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب قال المصنف (ونظيره) أى نظير الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضى) فانه (يملك القبض على أصل الروايه) وهو روايه الاصل (لانه فى معناه وضعا) أى لان التقاضى فى معنى القبض من حيث الوضع وعن هذا قال فى الاساس تقاضيته دينى و بدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى أى أخذته وقال فى القاموس وتقاضاه الدين قبضه منه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان فسر قول المصنف لانه فى معناه وضعا بقوله أى لان التقاضى فى معنى القبض قال فيه نظر لانه قال فى المغرب تقاضيته دينى وتقاضيته بدينى واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقى أخذته وقال الشارح العينى بعد نقل النظر المذكور عنه قلت لم أدر وجه النظر فيه لانه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض أقول بل لا وجه لما قال لان وجه النظر هو ان المفهوم مما فى المغرب كون التقاضى فى اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنف ولا يدفعه قوله لانه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض اذ لا شك ان معنى قوله انه فى معناه وضعا انهما متحدان معنى من حيث الوضع فى أصل اللغة ولو كان معنى التقاضى فى اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن فى معنى القبض قطعا ثم أقول فى الجواب عن النظر المذكور لعل صاحب المغرب فسر التقاضى بطلب القضاء الذى هو المعنى العرفى للفظ التقاضى لكونه غالبا على معناه الوضعى الاصلى كما ستعرفه فحينئذ لا يكون مخالفا لما ذكره المصنف وما صرح به عامة ثقات أرباب اللغة فى كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضى هو الاخذ والقبض بناء على أصل الوضع و يرشد اليه انه فرق بين الاقتضاء والتقاضى ففسر الاقتضاء بالاخذ على أصله لعدم جريان العرف المذكور فيه والا فلا فرق بينهما فى أصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر آنفا عن الاساس وصرح به الجوهرى فى صحاحه حيث

(ومشايخ بلخ رحمهم الله أفتوا بقول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء) ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة أما نصا فظاهر وأما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بأمانته وقبضه و به أفتى الصدر الشهيد رحمه الله وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب (ونظيرهذا الوكيل بالتقاضى فانه يملك القبض على أصل الرواية لانه فى معناه وضعا) يقال تقاضيته دينى و بدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى أى أخذته

قال المصنف (لانه فى معناه وضعا) أقول ولان الوكيل بالتقاضى مأمور بقطع مماطلة المطلوب وانما يحصل هذا القطع بالقبض كذا فى المحيط وهذا التعليل أنسب بأصل الامامين اذ المجاز المشهور أولى عندهما فتأمل

الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك قال (فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا) لانه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة

قال واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر (الا أن العرف بخلافه) أي بخلاف الوضع لان الناس لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبة (وهو) أي العرف (قاض على الوضع) أي راجح عليه لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع أفهام الناس اليه (والفتوى على أن لا يملك) يعني فتوى المشايخ اليوم على أن لا يملك الوكيل بالتقاضي القبض بناء على العرف قال صاحب العناية وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض اه كلامه أقول لا النظر شيء ولا الجواب أما الاول فلان الحقيقة في لفظ التقاضي غير مستعملة بل هي مهجورة كما صرح به ثقات المشايخ كالامام فخر الاسلام البزدوي وصاحب المحيط وغيرهما قال في المحيط البرهاني الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة هكذا ذكر محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام علي البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة الى هنا كلامه وأما الثاني فلان كون الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف أصل مقرر عند أبي حنيفة لم يرجع عنه قط فلو كانت الحقيقة في لفظ التقاضي مستعملة لم يصح قول المصنف وهو قاض على الوضع على أصل أبي حنيفة قطعا ولم يمكن للمشايخ الفتوى على العرف في مسئلتنا هذه اذ يلزم حينئذ ترك أصل امامهم المجتهد وليست وظيفتهم الا الجريان على أصله الكلي وان جاز لهم بعض من التصرفات في الفروع الجزئية لا يقال يجوز أن يكون مدار قول المصنف ومدار فتواهم على أصل أبي يوسف ومحمد في ان المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المستعملة عندهما لانا نقول الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب أن لا يقع خلاف في هذه المسئلة بين أئمتنا الثلاثة ألا يرى الى قول محمد في الاصل الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة ولو كان لاصلنا المذكور تأثير في هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها على ان صاحب التلويح قال وفي كلام فخر الاسلام وغيره ما يدل على ان المجاز المتعارف انما يترجح عندهما اذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسئلة أكل الحنطة اه ولا يخفى ان الامر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا مشية لاصلهما المذكور ههنا أيضا فلا مجال لان يجعل مدار الصحة قول المصنف وفتوى المشايخ فالتحقيق في هذا المقام ان التوكيل بالتقاضي كان مستعملا على حقيقته في الاوائل ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الايام فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في أصل الرواية وأما اليوم فلما ظهرت خيانة في الوكلاء وجرى العرف على ان جعلوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملا في المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة أفتى مشايخنا المتأخرون بأن الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الاصل المقرر المتفق عليه عند المجتهدين من ان المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار أصلا (قال) أي محمد في الجامع الصغير (فان كانا) أي الرجلان (وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا) أي لا يقبضان حق الموكل الا مجتمعين (لانه) أي الموكل (رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما) وحده (واجتماعهما ممكن) أي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فانهما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا

(الا أن العرف بخلافه) لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض (والعرف قاض على الوضع) وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة رحمه الله والجواب أن ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض (وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة) فان اجتماعهما عليها غير ممكن

(قوله وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة الخ) أقول وفي نظره نظر لظهور تطرق المنع على قوله لان الحقيقة مستعملة كيف والزيلعي وصاحب المحيط وغيرهما مصرحون بأنها مهجورة ونص عبارة الزيلعي ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهي في أصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني أي أخذت والعرف أملك فكان أولى اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا (قوله والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية الخ) أقول النظر على قوله والعرف قاض على الوضع وليس في الجواب ما يدفعه والجواب أن مراده أنه قاض على الوضع بحسب الفتوى

(على

(لمامر)أنه يفضي الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا

على مامر قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله) حتى لوأقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بأمثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه

(على مامر) أشار به الى قوله لان الاجتماع فيهما متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة) قيد بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع على ماسيجيء والكلام فيه يرجع الى أصل وهو ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل بالخصومة وقع بالقبض لاغير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الاصل في دليل المسئلة ونقل في الفتاوى الصغرى عن مفقود شيخ الاسلام خواهر زاده ان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلا بقبض ديون الغائب كذا في غاية البيان ثم ان المصنف أراد أن يبين ثمرة قول أبي حنيفة في هذه المسئلة فقال (حتى لوأقيمت عليه) أي على الوكيل بقبض الدين (البينة على استيفاء الموكل) أي على استيفاء الدين من المديون (أو ابرائه) أي أو على ابراء الموكل المديون عن الدين (تقبل عنده) أي تقبل البينة عند أبي حنيفة وفي الذخيرة اذا جحد الغريم الدين وأراد الوكيل بالقبض أن يقيم البينة على الدين هل تقبل بينته على قول أبي حنيفة تقبل وعلى قولهما لا تقبل (وقالا لا يكون خصما) أي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما (وهو) أي قولهما (رواية الحسن عن أبي حنيفة) وبه قال الشافعي في الاصح وأحمد في ظاهر الرواية (لان القبض غير الخصومة) فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة (وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها) أي بالخصومة (ولابي حنيفة انه) أي الموكل (وكله بالتملك) أي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قصاصا (لان الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها (اذ قبض الدين نفسه) أي قبض نفس الدين (لا يتصور) لانه وصف ثابت في ذمة من عليه (الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه) استثناء من قوله لان الديون تقضى بأمثالها يعني أن الديون وان كانت تقضى بأمثالها لا بأعيانها لما ذكرنا آنفا الا ان قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الاداء ولو كان تملكا محضا لما أجبر عليه وكذا اذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الاخذ هذا خلاصة ماذكره الجمهور في شرح هذا المقام وأما صاحب العناية فقال في شرحه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل اه أقول فيه بحث اذ للمانع أن يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير أن لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير بجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى والرسالة بالاستقراض جائزة وقد أفصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بأمثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصا وقد

بالخصومة الخ) الوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله فاذا اقتضى القبض وأقام الخصم بينته على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضا به رضا بها ولابي حنيفة أنه وكله بالتملك لان الديون تقضى بأمثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه

(قوله لانه وكيل بالقبض الخ) أقول لا يذهب عليك أن ماذكره في صورة التعليلين المستقلين ينبغي أن يجعل تعليلا واحدا لاثبات المطلوب الاول لانتفاء الوكالة بالخصومة عبارة والثاني لانتفائها دلالة واقتضاء (قوله اذ قبض نفس الدين غير متصور الخ) أقول قال في البدائع في تعليله لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه

فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك

ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لابد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بأن يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لابد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بأن يقول أرسلني فلان اليك يقول لك أقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول أقرضني فصح ما ادعيناه انه رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة الى هنا كلامه ثم اعلم ان الامام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الاشكال والجواب المزبورين وقال هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة ثم قال وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة فانه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم اهـ أقول ليس ذاك بسديد اذ ليس المراد أن الوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصما بل المراد انه رسول بالاستقراض بالنظر الى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر الى المقاصة الحاصلة بعد ذلك وكونه خصما حكم مترتب على الثاني دون الاول فلا غبار على الجواب (فأشبه) أي الوكيل بقبض الدين (الوكيل بأخذ الشفعة) يعني أنه أشبه ذلك في كونه خصما فانه اذا أقام المشتري البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل (والرجوع في الهبة) بالجر عطف على أخذ الشفعة أي فأشبه أيضا الوكيل بالرجوع في الهبة فانه اذا أقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على ان الموكل الواهب أخذ العوض تقبل (والوكيل بالشراء) بالنصب عطف على الوكيل بأخذ الشفعة أي فأشبه أيضا الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يرى لفصله عما قبله باعادة لفظ الوكيل كثير فائدة (والقسمة) بالجر عطف على الشراء أي فأشبه أيضا الوكيل بالقسمة فان أحد الشريكين اذا وكل رجلا بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فانها تقبل (والرد بالعيب) بالجر عطف على الشراء أيضا أي فأشبه أيضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع اذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضي بالعيب تقبل (وهذه) أي مسئلة الكتاب وهي مسئلة الوكيل بقبض الدين وفي بعض النسخ وهذا أي الوكيل بقبض الدين (أشبه بأخذ الشفعة) أي أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كذا صرحوا به في شروح الجامع الصغير واعلم ان شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام المصنف هذا وتبيين المراد بالمفضل عليه ههنا فقال صاحب النهاية أي الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان أيضا لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين فقال صاحب العناية قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه أي مسئلة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منه بالوكيل بالشراء وقال صاحب الغاية قالوا في شروح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وقال تاج الشريعة أي مسئلة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسئلة الوكيل بأخذ الشفعة من المسائل الثلاث الاخر وعلل ذلك بأن في هذه المسائل ما لم توجد المبادلة لا تنتهي الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة وقبض الدين واليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني أيضا ولكن لم يعينوا تلك الثلاث الاخر من بين المسائل الاربع الباقية بعد مسئلة الوكيل بأخذ الشفعة ثم ان المصنف بين وجه الاشبهية بقوله (حتى يكون خصما قبل القبض) أي حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند أبي حنيفة قبل قبض الدين (كما يكون) أي كما يكون الوكيل (خصما قبل الاخذ) أي قبل أخذ العقار (هنالك) أي

توكيلا بالاستقراض اذا التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل بأخذ بالشفعة اذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا أقام الموهوب له البينة على أخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطالب حقوق العقد وبالقسمة بأن وكل أحد الشريكين وكيلا بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه أي مسئلة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون ههنا كذلك

(قوله والتوكيل بقبض الديون) أقول عطف على قضاء ديون (قوله والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها) أقول يعني والاصيل في حقوق العقد خصم في الحقوق ثم اعلم أن قوله والوكيل بالتملك كبرى وقوله والاصيل فيها خصم صغرى للقياس الثاني

والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها قال (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة) بالاتفاق لانه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول (حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فأقام الذى هو فى يده

فى التوكيل بأخذ الشفعة (والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء) فافترقا أقول لا يذهب عليك ان تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر ههنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه فى قوله فيما مر وهذه أشبه بأخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء فيكون معناه ان مسئلة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسئلة الوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كما صرح به شراح الجامع الصغير وذهب اليه فرقة من شراح الهداية واخترناه أيضا فى شرحنا هنالك بناء على هذا ولكن بقيت شبهة وهى ان الوكيل ان لم يكن خصما قبل المباشرة لما وكل به فى المسائل الاربع الباقية أيضا لا يظهر لتخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه اياها فقط وجه وان كان خصما قبل ذلك فى تلك المسائل أيضا كما هو الظاهر سيما فى مسئلة التوكيل بالقسمة اذ لا شك ان الشريك الآخر لو أقام البينة قبل أن يقسم الوكيل بالقسمة ما وكل بتقسيمه على ان الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته لا يظهر لتخصيص أشبهية الوكيل بقبض الدين بالوكيل بأخذ الشفعة وجه اذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ أشبه بتلك المسائل أيضا من الوكيل بالشراء فتأمل (وهذا) اشارة الى مطلع نكتة أبى حنيفة بقوله انه وكله بالتملك (لان المبادلة تقتضى حقوقا) كالتسليم والتسلم وغير ذلك (وهو) أى الوكيل بالتملك (أصيل فيها) أى فى الحقوق (فيكون خصما فيها) أى فى الحقوق يعنى كأن الموكل أمر الوكيل بتملك مثل الدين الذى على المديون وذلك مبادلة والمأمور بالمبادلة يكون أصيلا فى حقوق المبادلة كذا فى النهاية وأكثر الشروح وقال صاحب العناية قوله وهذا اشارة الى ما أشرنا اليه مما يتم به دليل أبى حنيفة وهو ان الوكيل بالتملك أصيل فى الحقوق اه فعليك الاختبار ثم الاختيار واعترض بعض الفضلاء على كلام المصنف ههنا حيث قال فيه بحث فان المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها وقال فان قيل المبادلة فى التملك بأخذ الدين قلنا ذلك لم يقع بعد فتأمل اه أقول ليس هذا بمتوجه لان تعلق بعض الحقوق بشئ قبل وقوعه ليس بعزيز ألا يرى ان حق الخصومة يثبت للوكيل بأخذ الشفعة قبل وقوع الاخذ فكذا ههنا وقد أشار اليه المصنف بقوله وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك ثم ان التحقيق ان قبض الدين وان كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بأمثالها الا أنه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر فلشبهه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل ولشبهه بأخذ عين الحق جازت الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد اليه ما ذكره الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير حيث قال لا يقال لو كان وكيلا بالمبادلة وجب أن تلحقه العهدة فى المقبوض لانا نقول انما لا تلحقه العهدة فى المقبوض لان قبض الدين وان كان مبادلة من الوجه الذى ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه لان من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه بأخذ العين لا تلحقه العهدة فى المقبوض عملا بهما اه (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق) أى باتفاق أصحابنا وللشافعى واحمد فيه قولان كما فى قبض الدين (لانه) أى لان الوكيل بقبض العين (أمين محض) حيث لا مبادلة ههنا لانه يقبض عين حق الموكل (والقبض) أى قبض العين (ليس بمبادلة فأشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له) أى للموكل (فأقام الذى هو فى يده) أى فأقام ذو اليد

وأما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء (قوله وهذا) اشارة الى ما أشرنا اليه مما يتم به دليل أبى حنيفة رضى الله عنه وهو أن الوكيل بالتملك أصيل فى الحقوق قال (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة الخ) الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه أمين محض حيث لا مبادلة هنالك لكونه وكيلا بقبض عين حق الموكل من كل وجه فأشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبد له فأقام من بيده العبد

قال المصنف (وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها) أقول فيه بحث فان المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها فان قيل المبادلة فى التملك بأخذ الدين قلنا ذلك لم يقع بعد فتأمل (قوله وهذا اشارة الى ما أشرنا اليه) أقول الاشارة الى ما ليس بمذكور

بينة أن الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذى اليد فى القياس لانها قامت لا على خصم وفى الاستحسان وقف الامر حتى يحضر الآمر لانه لقيامه مقام الموكل فى القبض خصم فى قصر يده فتقصر حتى لو حضر الغائب تعاد البينة وصار كما اذا أقامها على أنه عزله عن ذلك تقبل فى قصر يده فكذا هذا وكذلك اذا أراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فأقامت المرأة البينة على أن زوجها طلقها والعبد والامة على العتاق أومن هما بيده على الارتهان من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على خصم وفى الاستحسان تقبل فى قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم فى أحدهما وهو اثبات العتق على المولى ولكنه خصم فى قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها فى القصر دون غيره قال (واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله الخ) اذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعى فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضى جاز

البينة أن الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب) وهذا استحسان والقياس أن يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع فصار كما اذا أقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل فى قصر يده كذا هذا قال (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) ومعناه اذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل فى قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال (واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضى جاز اقراره عليه

(البينة) على (أن الموكل باعه) أى باع العبد (اياه) أى ذا اليد (وقف الامر حتى يحضر الغائب) أى الموكل (وهذا) أى وقوف الامر (استحسان) أى مقتضى الاستحسان (والقياس) أى مقتضاه (أن يدفع) أى العبد (الى الوكيل) ولا يلتفت الى بينة ذى اليد (لان البينة قامت لا على خصم) بناء على أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة (فلم تعتبر) أى البينة (وجه الاستحسان أنه) أى الوكيل (خصم فى قصر يده) أى فى حق قصر يد نفسه عن العبد (لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده) أى يد الوكيل يعنى يصير اثر البينة مجرد قصر يده لا اثبات البيع (وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب) وهو الموكل (تعاد البينة على البيع) يعنى لو حضر الموكل لابد لذى اليد من اعادة اقامة البينة على البيع فى محضر الموكل ولا يكتفى بالبينة السابقة فى اثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة (فصار) هذا (كما اذا أقام) أى ذو اليد (البينة على أن الموكل عزله) أى عزل الوكيل (عن ذلك) أى عن التوكيل بقبض العين (فانها تقبل) أى فان البينة تقبل هنالك (فى قصر يده) أى فى حق قصر يده (كذا هذا) أى ما نحن فيه (قال) أى محمد فى مختصره (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) كالارتهان فانه اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك تقبل فى حق قصر يده لا فى ثبوت الارتهان فى حق الموكل كذا فى الشروح قال المصنف (ومعناه) أى معنى قول محمد وكذلك العتاق والطلاق (اذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة) أى واذا أقام العبد والامة البينة (على العتاق على الوكيل بنقلهم) متعلق بالاقامة أى واذا أقاموا البينة على الوكيل بنقلهم الى الموكل يعنى اذا أراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها الموكل نقلها اليه وأراد الوكيل بقبض العبد والامة نقلهما الى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما اليه وأقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على أن زوجها طلقها وأقام العبد والامة البينة على الوكيل بنقلهما على أن مولاهما أعتقهما (فانها تقبل فى قصر يده) أى فى حق قصر يد الوكيل عنهم (حتى يحضر الغائب) أى الى أن يحضر الغائب (استحسانا) أى تقبل استحسانا وأما قياسا فلا تقبل لقيامها لا على خصم (دون العتق والطلاق) أى لا تقبل فى حق ثبوت العتق والطلاق لا قياسا ولا استحسانا وذلك لان الوكيل ليس بخصم فى اثبات العتق والطلاق وان كان خصما فى قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل فى القصر دون غيره وجملة الكلام فى هذه المسئلة أن البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل ففى حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم وفى حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل فى حق قصر يده لا فى حق ازالة ملك الموكل (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضى) متعلق باقر أى أقر عند القاضى (جاز اقراره عليه) أطلق الاقرار والموكل ليتناول

(قوله اذا أراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه) أقول قوله نقلها مفعول أراد (قوله قال واذا أقر الوكيل بالخصومة الخ) أقول لا يذهب عليك أن ما ذكره فى وجه الاستحسان لا يعمهما بل يختص بما اذا كان الموكل هو المدعى عليه فلا بد من ارتكاب تأويل وتعميم الجواب لما يتكلم به المدعى والمدعى عليه

والا فلا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا أنه اذا أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم أنه مبطل في دعواه وقال أبو يوسف رحمه الله جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف أولا لا يجوز في الوجهين جميعا والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب أبي يوسف رحمه الله واما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان وجه القياس أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء فيصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل (١٠٣) بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء

(ولا يجوز عند غير القاضي) عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا الا أنه يخرج عن الوكالة وقال أبو يوسف يجوز اقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار

اسم الموكل للمدعي والمدعى عليه فان هذا الحكم وهو جواز اقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه سوى أن معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار وكيل المدعي هو أن يقر أن موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله كذا في النهاية ومعراج الدراية وخلاصة هذا ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعي فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي ولا فرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من المدعي فأقر بالقبض أو الابراء أو من المدعى عليه فأقر عليه بالحق (ولا يجوز عند غير القاضي) أي لا يجوز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي (عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا) وقوله استحسانا يتعلق بقوله جاز وبقوله لم يجز كذا ذكر في النهاية فتأمل (الا أنه يخرج عن الوكالة) فلا يدفع المال اليه ولو ادعى بعد ذلك وأقام بينة على ذلك لا تسمع بينته وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي وعند أبي حنيفة ومحمد تبطل الوكالة على رواية الاصل لانه زعم أنه مبطل في دعواه (وقال أبو يوسف يجوز اقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين) أي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله (وهو) أي قول زفر والشافعي (قول أبي يوسف أولا وهو القياس) أي مقتضاه (لانه) أي الوكيل (مأمور بالخصومة وهي) أي الخصومة (منازعة) ومشاجرة (والاقرار يضاده) أي يضاد الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتأويل ما أمر به (لانه) أي الاقرار (مسالمة) ومساعدة (والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا) أي ولاجل عدم تناول الامر بالشئ ضد ذلك الشئ (لا يملك) أي الوكيل بالخصومة (الصلح والابراء) وكذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به الكافي وغيره فان في كل واحد من هذه الافعال ما يضاد الخصومة (ويصح) أي يصح التوكيل بالخصومة (اذا استثنى الاقرار) بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار أو بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر على قال صاحب النهاية هذه المسئلة دليل من يقول ان التوكيل بالخصومة لا يتناول الاقرار فوجه الدلالة هو أن التوكيل بالخصومة لو كان مجاز المطلق الجواب لما كان ينبغي أن لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة وذلك لان المراد من الجواب اما الاقرار أو الانكار لا كلاهما

(قوله ولو ادعى بعد ذلك الى قوله انه مبطل في دعواه) أقول فيه تأمل (قوله وجه القياس أن الوكيل الخ) أقول فان قيل ان قول المصنف وهو القياس المفهم منه قصر القياس على قول زفر والشافعي وتشريك أبي يوسف مع أبي حنيفة ومحمد في وجه الاستحسان بآبي ما ذكره قلنا المقصور على قولهما هو القياس الخالص الذي لا يشوبه شئ من الاستحسان والتشريك المذكور لا ينافي كون شمول الوجود ثابتا بالقياس المتفرع على الاستحسان فان صرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بالجواب ثابت استحسانا وعدم اختصاص اقراره بالمجلس ثابت قياسا ويفهم ذلك من قوله بعد ذلك بقول أبو يوسف فتأمل (قوله مأمور بالمنازعة لانها الخصومة) أقول الضمير في قوله لانها راجع الى المنازعة قال المصنف (والامر بالشئ لا يتناول ضده) أقول تقرير دليلهم أن الخصومة ضد الاقرار وكل ما هو ضد لشئ لا يدخل في الامر به ضده (قوله ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل الخ) أقول فان حقوق الشئ تدخل فيه بالتبعية وما هو كذلك لا يصح استثناؤه الا أن كون الاقرار من حقوق الجواب غير مسلم ولم يدع ذلك أحد بل ذلك من جزئياته كما يعلم من تقرير المصنف وجه الاستحسان (قوله كما لو استثنى الانكار) أقول استثناء الانكار أيضا مختلف فيه بين أبي يوسف ومحمد في الاصح والتفصيل في كتب الاصول (قوله وفيه نظر لانه الخ) أقول لا يهمه الاستثناء المتصل حتى يرد النظر

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى

بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك لا يجوز والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب اه كلامه أقول فيه نظر لانه ان أراد بقوله لان المراد من الجواب اما الاقرار أو الانكار لا كلاهما بالاتفاق أن المراد من الجواب اما الاقرار وحده أو الانكار وحده لا ما يعمهما بالاتفاق فلا نسلم أن الامر كذلك اذ المراد من الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الاقرار والانكار بطريق عموم المجاز دون أحدهما عينا كما سيأتي بيانه مفصلا ومشروحا سيما من الشارح المذكور وان أراد بذلك أن المراد منه أحدهما لا بعينه لا مجموعهما معا في حالة واحدة فهو مسلم اذ لا يصح جمع الانكار والاقرار معا في جواب قضية واحدة ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل اذ اللازم فيهما حينئذ انما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى وقوله والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا ليس بتام أيضا اذ يصح استثناء الانكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الاقرار نص عليه في الذخيرة وغيرها ثم أقول وبهذا يظهر فساد ما في كلام غاية البيان أيضا في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل ولو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار فأقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز اه فانه ان أراد بقوله لان الخصومة شيء واحد أنها أمر جزئي لا تعدد فيه أصلا فليس كذلك قطعا وان أراد بذلك أنها واحد من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الافراد وصحة استثناء بعض أفرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام معناه أن الاقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع انتهى واقتفى أثره صاحب العناية في حل المقام ولكن أورد عليه حيث قال ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع ثم قال وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى أقول نظره ساقط جدا لان عدم التناول انما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع ويجوز أن يكون مدار صحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة شرعا هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور ثم يرد على المحل المذكور أن من يقول بصحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة ممن يقول بجواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف فلا يكون قوله ويصح اذا استثنى الاقرار على المعنى المذكور حجة عليه فلا يتم التقريب واعلم أن الشارح الكاكي والشارح العيني جعلا قول المصنف ويصح اذا استثنى الاقرار جوابا عن سؤال يرد على قولهم أي على قول زفر والشافعي وقول أبي يوسف أولا وقررا السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على الفطن الناظر في كلاميهما ولما رأينا تفصيل ذلك اطنابا مملا أعرضنا عنه على أن مآل ما ذكره الكاكي في تقرير الجواب ما ذكر في النهاية ومآل ما ذكره العيني في تقريره ما ذكر في غاية البيان وقد عرفت حالهما (وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) يعني الانكار (اذ العادة) في التوكيل (جرت بذلك ولهذا يختار فيها) أي في الخصومة (الاهدى فالاهدى) والاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية قال صاحب النهاية هذه المسألة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف أيضا كذا في المختلفات البرهانية اه وقد اقتفى أثره

(قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) قال في النهاية هي مسألة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو أيضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية

قال المصنف (وكذا لو وكله بالجواب مطلقا) أقول والظاهر من سياق العلامة النسفي في الكافي ان هذه المسألة ذكرت استشهادا فانه قال ولو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار يصح التوكيل ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الاقرار ولانه لو استثنى الاقرار صريحا لا يملك الاقرار فكذا اذا استثناه دلالة والظاهر أن يكون مستثنى في توكيله الاقرار ولهذا لو وكله بالجواب مطلقا ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد بدلالة العرف انتهى فليتأمل فانه يجوز أن يكون نظير مسئلتي النعم والجد على ماسبق قبل ورقتين فتذكر

في ذلك أكثر الشراح الآن صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية وقال صاحب غاية البيان وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية وظني أنه أراد بذلك فكذا فيما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة يعني لما كان الأمر بالشيء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح وصح استثناء الموكل الاقرار أنتج ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب هو مسالمة وهو الاقرار ولأجل ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار في التوكيل بالخصومة الاهدى في الخصومة فالاهدى ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المأمور بالخصومة اذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والاقرار مضادة ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فأقر يصح فعلم انه اذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد تحير بعض الشارحين في هذا المقام فقال هذه مسئلة مبتدأة لا للاستشهاد الى هنا كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلأن كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم عما ظن انه مراد بذلك مما لا ينبغي أن ينسب الى من له أدنى تمييز فضلا عن ان ينسب الى صاحب الهداية ذلك الامام الذي لن تسمح بمثله الادوار مادار الفلك الدوار فان بين الكلام المذكور وما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى فاني يتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سهوا عن الآخر وأما ثانيا فلأنا لا نسلم عدم امكان تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره قوله لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار قلنا ان أراد به انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف آخرا بجواب هو خصومة فهو مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي رحمهما الله وقول أبي يوسف أولا كما هو مراده قطعا وان أراد بذلك انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول زفر والشافعي وقول أبي يوسف أولا أيضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع كيف وقد صرح في المختلفات البرهانية بأن هذه المسئلة أيضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة قوله لان المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المأمور بالخصومة اذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والاقرار مضادة قلنا لزفر أن يقول في مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ان الامر ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد بدلالة العرف صرح بهذا التقرير في الكافي والتبيين ولا شك ان اتفاق جواب المسئلتين لا يقتضي اتحاد دليلهما قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فأقر يصح قلنا لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم في طريقة الخلاف على انه لو وكله بالجواب المطلق فأقر يصح عند جميع الائمة حتى زفر والشافعي فلا يتم مطلوبه وأما صحة ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف على قوله الآخر فمما لا يشك فيه أحد فاندفع ما اشتبه عليه ههنا بحذافيره ثم أقول الانصاف أن كون ما ذكره المصنف ههنا مسئلة مبتدأة خلافية غير موردة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما لا يليق بشأن المصنف اذ هو بصدد بيان أدلة أقوال المجتهدين في مسئلة التوكيل بالخصومة فما الضرورة في شروع مسئلة أخرى أثناء ذكر أدلة هذه المسئلة قبل تمامها فالوجه عندي ان هذه المسئلة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الاقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار بدلالة العرف ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى فكيف يتناول الاقرار ما اذا وكله بالخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازا ثم مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا أيضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في المختلفات البرهانية فلا يحصل بها الزام الخصم الآن

وجـه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحتـه بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجـواب دون أحدهـما عينا وطريق المجاز موجود على مانبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحـة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح

ذكراهما هنا من قبيل رد المختلف على المختلف فيصير استشهادا تحقيقيا عند المستدل وان لم يكن الزاميا ونظير هذا أكثر من أن يحصى فتدبر (وجه الاستحسان ان التوكيل) يعني أن التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة (صحيح قطعا) أي صحيح من كل وجـه بالاجماع (وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أي صحة هـذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل بغـير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح قال صاحب غاية البيان ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر أو شرائها فانه يجوز على مذهب أبي حنيفة مع ان المسلم لا يملك ذلك بنفسـه لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما لتصرف الوكيل وان لم يكن مملوكا قصدا على وجه لا يلحقه اللوم والاثم في ذلك على أنا نقول ان للمسلم ولاية في جنس التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا على وجـه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته ولا يشترط أن يكون للموكل ولاية في كل الافراد وقد مضى بيان ذلك في أوائل كتاب الوكالة عنـد قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمـه الاحكام اهـ كلامه أقول في جوابه الثاني بحث لانه لا يدفع النقض اللازم ههنا بصحة توكيـل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها عند أبي حنيفة بل يؤيده فانه اذا لم يشـترط أن يكون للموكل ولاية في كل الافراد فجاز عند أبي حنيفـة بناء على ذلك توكيل المسلم الذمي بما لا يملكه بنفسـه وهو بيـع الخمر وشراؤها ينبغي أن يجوز عنده فيما نحن فيه أيضا صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك فلا يتم قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وقال صاحب العناية وان اختلج في ذهنك صحة توكيـل المسلم الذمي ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه اهـ أقول الذي تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في أوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المصنف ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيـل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنـده ومنشأ هـذا التوهم ان جعـل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي يملك التصرف الذي وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد اهـ ولا يخفى ان مآل هذا ما ذكره صاحب غاية البيان في جوابه الثاني وقد بينا أنه لا يدفع النقض ههنا بل يؤيده (وذلك) أي ما يملكه الموكل (مطلق الجواب) المتناول للانكار والاقرار جميعا (دون أحدهـما عينا) أي دون أحد الجوابين بعينـه لانه ربما يكون أحدهما بعينه حراما لان خصمه ان كان محقا يجب عليـه الجواب بالاقرار وان كان مبطلا يجب عليه الجواب بالانكار ولا يملك المعين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه دون وجه وحيث صح من كل وجه علم أنه يتناول مملوكه من كل وجـه وهو مطلق الجواب الداخل تحته كل واحـد منهما (وطريق المجاز) أي بين الخصومـة ومطلق الجواب (موجود على مانبينه ان شاء الله تعالى) على ما سيأتي عن قريب عند بيان وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في هـذه المسئلة (فيصرف اليه) أي فيصرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بمطلق الجواب (تحريا للصحة قطعا) أي تحريا لصحة كلام الموكل قطعا فان كلام العاقـل يصان عن الالغاء (ولو استثنى الاقرار فعن أبي يوسف انه لا يصح) جواب عن مستشهد زفر والشافعي يعـني لا نسلم صحة هـذا الاستثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف كما ذكره شيخ الاسلام في شرح

الجامع

وجه الاستحسان أن هذا التوكيل تصرف في غـير ملكه وهو غـير صحيح وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسـلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه وذلك أي ما يملكه الوكيل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليـه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيـد فيصرف الى المطلق مجازا على ما سيأتي تحريا للصحة قطعا (قوله ولو استثنى الاقرار) جواب عن مستشهد زفـر رحمه الله ووجهـه لا نسـلم صحة الاسـتثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف رحمه الله

قال المصنف (وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أقول ولا يبعد ارجاع الضمير في قوله يملكه الى الوكيل فلا يرد التوكيل بالخمر (قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أقول أي ما يملكه الموكل شرعا ثم اعلم أن الضمـير في قوله بتناوله راجع الى التوكيل في قوله وجه الاستحسان ان هذا التوكيـل (قوله فتذكر ما تقـدم فيـه) أقول في الورق الثاني من كتاب الوكالة فراجعـه متشـبثا بذيل انصافك هـل تجـد هنالك ما ينفـع في دفـع النقض هنا وعنـدي أن تقييد قوله صحيح بقوله قطعا أي اجماعا متكفل بدفع النقض فان صحة توكيل المسلم ببيع الخمر مختلف فيه وأقل درجة الخلاف ايراث الشبهة فلا تكون قطعية فليتأمل

لانه لايملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لايحل له كما مر آنفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رحمه الله لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك ماقلنا انه لايحل له الانكار لجواز أن يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد أنه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه فى المطلوب لكونه مجبورا عليه قال فى النهاية أى على الاقرار لان المدعى يثبت ما ادعاه بالبينة أو يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله الا أن الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لاتجرى فى الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته ولقائل أن يقول المدعى قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لايضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب أن المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا فى الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير فى كل حال فكان استثناؤه مفيدا ولم يذكر المصنف رحمه الله الجواب عن صورة الصلح والابراء وأجيب بأنه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد (١٠٧) مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح أو الابراء لم يكن أشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لامحالة وأيضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغى

لانه لايملكه وعن محمد رحمه الله أنه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه فى الثانى لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه

الجامع الصغير فى أصول الفقه أيضا (لانه) أى لان الموكل (لايملكه) أى لايملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لايحل ذلك كما مر آنفا كذا ذكر فى العناية وكثير من الشروح أو لان من أصله ان صحة الاقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على أن لايقبض الوكيل الثمن أو لايسلم المبيع فان ذلك الاستثناء باطل كذا هذا كذا ذكر فى الكافى وفى بعض الشروح (وعن محمد انه يصح) يعنى ولئن سلمنا ان استثناء الاقرار يصح كما قال محمد فى ظاهر الرواية لكنه انما يصح (لان للتنصيص) أى لتنصيص الموكل على الاستثناء (زيادة دلالة على ملكه اياه) أى على تملكه الانكار وبيان ذلك انه انما لم يحل له الانكار لجواز أن يكون خصمه محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار (وعند الاطلاق) أى عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الاقرار (يحمل على الاولى) أى يحمل كلامه على ما هو الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب (وعنه) أى عن محمد (انه فصل بين الطالب والمطلوب) أى فصل بين المدعى والمدعى عليه فى استثناء الاقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناءه فى الاول وهو الطالب (ولم يصححه فى الثانى) وهو المطلوب (لكونه) أى لكون المطلوب (مجبورا عليه) أى على الاقرار كذا فى النهاية وفى العناية أيضا نقلا عن النهاية أو على ترك الانكار كذا فى كثير من الشروح وقال فى غاية البيان بعد ذكر ذلك أو يقال لكون المطلوب شخصا يجبر عليه فى الخصومة (ويخير الطالب فيه) أى فى أصل الخصومة فله ترك أحد وجهيها كذا فى

(قوله لانه لايملك الاستثناء لان ملكه الخ) أقول الضمير فى قوله ملكه راجع الى الاستثناء (قوله وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم) أقول فيه أنه لم يحمل فى الاطلاق على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح لظهور أن فى الاطلاق أيضا دلالة على ذلك كما يدل عليه قول المصنف للتنصيص زيادة دلالة ويمكن أن يقال لظهور محقية الخصم كثيرا منع الاعتداد بتلك الدلالة بخلاف التنصيص فليتأمل قال فى الكافى لان صحة اقرار الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ الى المجاز حملا على ما هو الاولى بالمسلم اذ الخصومة منازعة والمنازعة حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملناه على المجاز لظاهر حاله انتهى يعنى حملناه دلالة ظاهر حاله من الديانة على دلالة الاطلاق فافهم الا أنه بقى البحث فى قوله والمنازعة حرام لان حرمة المنازعة ممنوعة على الاطلاق فليتأمل (قوله فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته) أقول فانه لو لم يقر الوكيل يقر الموكل فلا فرق بين الاقرارين فتفوت فائدة الاستثناء (قوله والجواب أن المطلوب مجبور الخ) أقول لايقال اذا كان المدعى عليه محقا لايقر الوكيل فلا فائدة فى الاستثناء أيضا الا انا لانسلم أنه لايقر لجواز أن يخدعه الطالب باعطاء الرشوة مثلا فيقر فليتأمل ولعل مراد صاحب النهاية أن الظاهر ان الوكيل المتدين لايقر كاذبا على موكله بل انما يقر اذا كان الخصم محقا وفى تلك الصورة يضطر الموكل الى الاقرار بعرض اليمين فلا يفيد استثناؤه ويندفع عنه ماذكره هذا الشارح كما لايخفى فيكون المراد بقوله مجبور عليه أنه مجبور على الاقرار وجودا وعدما (قوله اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل الخ) أقول فيه اساءة الظن بالمسلم ثم لايلزم مما ذكره عدم صحة استثناء المطلوب مطلقا الا بتغليب جانب مبطلية المطلوب على محقيته اذ لاعلم لنا بتعيين مواضع محقيته ومبطليته ليمكن القول بصحة الاستثناء فى الاول دون الثانى وفيه السعى فى الغاء كلام العاقل مع ما ذكرنا من اساءة الظن ويمكن أن يقال جانب المطلوب يعارضه جانب الطالب ويترجح طلب الطالب باقرار الوكيل

فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره

الكفاية وذكر في التتمة عن محمد انه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه يعني ان الوكيل اذا كان من جانب المدعي صح استثناء الاقرار لان المدعي لما كان مخيرا بين الاقرار والانكار أدى الاستثناء فائدته في حقه وأما اذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الاقرار لانه لا يفيد ذلك لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه أو يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذلك وكيله الا أن التوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا ولقائل أن يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا الى هنا كلامه أقول في الجواب نظر لانه اذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا على الاقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة في استثنائه الاقرار بل كان ذلك أيضا احتمالا محضا فبمجرد الاحتمال كيف يجوز اساءة الظن بالمسلم والغاء كلام العاقل مع وجوب حمل أمر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الالغاء أقول بقي ههنا بحث وهو أن الطالب أيضا قد يكون مجبورا على الاقرار لان اقرار الطالب لا يتصور من حيث انه مدع اذ الدعوى والاقرار متباينان بل متضادان وانما يتصور ذلك من حيث انه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ولا شك ان الطالب من حيث انه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا على الاقرار لا يقال المراد ان الطالب من حيث انه طالب أي مدع يصح منه استثناء الاقرار لعدم كونه مجبورا على الاقرار من هذا الحيثية بل مخير بخلاف المطلوب من حيث انه مطلوب أي مدعى عليه فانه قد يكون مجبورا عليه لانا نقول الطالب من حيث انه طالب لما لم يتصور منه الاقرار قط لم يكن استثناء الاقرار هنالك أصلا فضلا عن صحته فليتأمل ثم قال صاحب العناية ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء وأجيب بأنه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح أو الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن أشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وأيضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان تجوز الاستعارة والاولى أن يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا أو بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة أخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا الى هنا كلامه أقول فنظره الاول ساقط جدا اذ لا نسلم ان افضاء الخصومة الى الصلح والابراء أشد من افضائها الى الاقرار أو مثل افضائها اليه كيف والخصم قد يضطر الى الاقرار عند عرض اليمين عليه بخلاف الصلح والابراء فان الخصم لا يضطر اليهما أصلا بل هو مختار فيهما مطلقا على أنهما مما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من اختيار المتخاصمين معا والى هذا كله أشار المجيب وهو الشارح الاتقاني في تقرير جوابه حيث قال والجواب عن القياس على الصلح فنقول انما لم يصح صلح الوكيل لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما اهـ (فبعد ذلك) شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الائمة الثلاثة أي بعد ما ثبت ان التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) في التسوية بين مجلس القضاء وغيره (ان الوكيل قائم مقام الموكل) فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكا له (واقراره) أي اقرار الموكل

أن تجوز الاستعارة والاولى أن يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا أو بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة أخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء لا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا (قوله فبعد ذلك) شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة أي بعد ما ثبت أن التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) في التسوية بين مجلس القاضي وغيره (الوكيل قائم مقام الموكل واقرار الموكل

لايختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا) لما مر أنه ينصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار (والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء) فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار

لايختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة أو لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء

(لا يختص بمجلس القضاء) لان الاقرار موجب بنفسه وانما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول (فكذا اقرار نائبه) أي هو أيضا لا يختص بمجلس القضاء (وهما) أي أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله (يقولان) في الفرق بين مجلس القضاء وغيره (ان التوكيل) أي التوكيل بالخصومة (يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة) وهو الانكار (أو مجازا) وهو الاقرار لما مر أنه ينصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار انما يكون خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به ثم ان طريق كون الاقرار من حيث انه جواب خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيما مر ما ذكره ههنا بقوله (والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه) أي الاقرار (خرج في مقابلة الخصومة) جوابا عنها فسمي باسمها كما سمي جزاء العدوان عدوانا في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وكما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها كذا في المبسوط والاسرار قال صاحب العناية فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوزا شرعيا وقال بعض الفضلاء بل الظاهر ان مجوزه المشاكلة أقول لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر في مباحثها أن المشاكلة بمعزل عما نحن فيه وانما غرهم تمثيلهم ما نحن فيه بقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها او قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولكن جواز المشاكلة أيضا في ذينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضي جوازه فيما نحن فيه تأمل تقف (أو لانه) أي الخصومة على تأويل التخاصم كذا في النهاية وغيرها وقال في معراج الدراية وفي بعض النسخ أو لانها (سبب له) أي الاقرار وقد سمي المسبب باسم السبب كما يقال صلاة العيد سنة مع انها واجبة باعتبار انها ثبتت بالسنة وكما يسمى جزاء السيئة سيئة اطلاقا لاسم السبب على المسبب فكان المجوز السببية قال في العناية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف (لان الظاهر اتيانه) أي اتيان الخصم (بالمستحق) فتكون الخصومة سببا له حيث أفضى اليه ظاهرا كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العيني فحينئذ يكون قوله لان الظاهر الخ تعليلا لقوله أو لانه سبب له وقيل هو تعليل لقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا على ملاحظة القصر في التقييد بقوله في مجلس القضاء يعني لا الاقرار في غيره فتأمل اه ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال وأما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق الخ فتفكر (وهو) أي المستحق (الجواب في مجلس القضاء) لا غير

خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به (اما) أنه خصومة مجازا فـ(لانه خرج في مقابلة الخصومة) فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوزا شرعيا (أو لان الخصومة سبب الاقرار) فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف وأما اختصاصه بمجلس القضاء فـ(لان الظاهر اتيانه بالمستحق و) المستحق (هو الجواب في مجلس القضاء

قال المصنف (اما لانه خرج في مقابلة الخصومة) أقول فيكون مجازا على سبيل المشاكلة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها (قوله لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء) أقول لا يذهب عليك ما في كلامه من الركاكة ظاهرا ويندفع بجعل قوله الا في مجلس القضاء حالا من اسم لا يكون (قوله اذ الاقرار خصومة الخ) أقول من قبيل قياس المساواة المنتج (قوله أما أنه خصومة مجازا) أقول أي من حيث انه جواب ويفهم من بيان المجوز اعتبار تلك الحيثية فافهم (قوله فلانه خرج في مقابلة الخصومة) أقول أي جوابا عنها (قوله فكان مجوزه التضاد) أقول بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة قال المصنف (لان الظاهر اتيانه بالمستحق) أقول تعليل لقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا على ملاحظة القصر من التقييد بقوله في مجلس القضاء يعني لا الاقرار في غيره فتأمل

فيختص به لكن اذا أقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب أو الوصي اذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما

(فيختص به) أي فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء قال صاحب العناية ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان أوفى بتأدية المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب وسنده مامر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها انتهى أقول ليس هذا بشئ لان مداره على زعم أن ضمير عليه واتيانه في قوله لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق راجع الى الوكيل من حيث انه وكيل وليس كذلك بل هو راجع الى الخصم وهو الموكل حقيقة وان عد الوكيل أيضا خصما لقيامه مقام الموكل فالوجوب ههنا يصير حكم الخصومة لا حكم الوكالة ووجوب الجواب على الخصم مما لا يقبل المنع قطعا ومامر من صاحب العناية في أول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل مافوض اليه انما هو حكم الوكالة وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور ههنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سند المنع ذلك ألا يرى انه يجب على الوكيل كثير من أحكام ما باشره بالوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة وغيرهما فحقوقه تجب على الوكيل دون الموكل مع اطباقهم على أن حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل مافوض اليه فالتوفيق في ذلك كله أن الوجوب حكم ما باشره والجواز حكم أصل الوكالة فلا تغفل (لكن اذا أقيمت البينة على اقراره) أي على اقرار الوكيل (في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة) هذا استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا لم يكن الاقرار في غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب أن يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه لكن اذا ثبت انه أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة (حتى لا يؤمر) أي لا يؤمر الخصم (بدفع المال اليه) أي الى الوكيل (لانه صار مناقضا) في كلامه حيث كذب نفسه بالقول الاول والمناقض لا دعوى له قال في الكافي حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه لا يمكن أن يبقى وكيلا مطلق الجواب لانه لا يملك الانكار لانه يصير مناقضا في كلامه فلو بقي وكيلا بقي وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا انتهى (وصار) أي صار الوكيل المقر في غير مجلس القضاء (كالاب والوصي اذا أقر) أي أقر واحد منهما (في مجلس القضاء) فانه (لا يصح) اقراره ولا يدفع المال اليه بيانه أن الاب أو الوصي اذا ادعى شيأ للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الاب أو الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما لا يصح (ولا يدفع المال اليهما) لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا كذا ذكر في أكثر الشروح والاحسن ماذكر في الكفاية من أن الاب والوصي اذا أقرا على اليتيم في مجلس القضاء أنه استوفى حقه لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الآخذ وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظر في الاقرار على الصغير انتهى واعلم أن حاصل هذه المسئلة أعني مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة أوجه الاول أن يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشئ آخر وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار بالاجماع ويصير وكيلا بالاقرار أيضا عند علمائنا الثلاثة الثاني أن يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار لان باستثناء الاقرار تبين أن الوكيل ما يتناول نفس الجواب انما يتناول جوابا مقيدا بالانكار هكذا ذكر شيخ الاسلام في الاصل وذكر الامام فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع أن هذا الاستثناء على قول أبي يوسف لا يصح وعند محمد يصح وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح وكالة الاصل وفي الفتاوى الصغرى ان استثناء الاقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد الثالث أن يوكله بالخصومة غير جائز الانكار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالاقرار ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف لا يصح الاستثناء الرابع أن يوكله بالخصومة جائز الاقرار

(قوله فيختص به) ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان أوفى بتأديه المقصود (قوله لكن) استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القضاء ليس بجواب كان الواجب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت أنه أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب أو الوصي اذا أقر في مجلس القضاء) فانهما اذا ادعيا شيأ للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الاب أو الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما (لا يصح ولا يدفع المال اليهما) لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا

(قوله ولو قال لان الواجب عليه الخ) أقول انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب وسنده مامر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها

قال (ومن كفل بمال عن رجل الخ) ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبدا لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها أما بعد البراءة فلانه لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغته فانه لا تجوز لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة وأما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه في ابراء ذمته كالمحال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا ونوقض بتوكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير وأجيب بالمنع مستندا الى ماذكره شيخ الاسلام رحمه الله أن المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ماذكر في الجامع سلمناه لكن الابراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعترض بأن عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل اصلا في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر وأجيب بأن لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل فلتنسخها الوكالة لطريانها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فانها تنسخها قال المحبوبي رحمه الله في الجامع الصغير الوكيل بقبض (١١١) الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مثله والوكالة دون الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه

قال (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبدا) لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن

عليه وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والاقرار حتى لو أقر صح اقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ويجب أن يعلم أن التوكيل بالاقرار صحيح عندنا ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عندنا ذكر محمد المسئلة في باب الوكالة بالصلح الخامس أن يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار والانكار ولا رواية في هذا الوجه عن أصحابنا وقد اختلف المتأخرون فيه بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل أصلا لان التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة وجواب الخصومة اقرار وانكار فاذا استثنى كلاهما لم يفوض اليه شيأ وحكى عن القاضي الامام صاعد النيسابوري انه قال يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان ماهو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل به كل ذلك من الذخيرة ثم اعلم انه لو أقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يندرئ بالشبهات كذا في التبيين (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه) أي بقبض المال (عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك) أي لم يكن الكفيل وكيلا في قبض المال عن الغريم (أبدا) أي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها حتى لو هلك المال في يده لم يهلك على الموكل أما بعد البراءة فلانه لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغته فانه لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة وأما قبل البراء فلما ذكره بقوله (لان الوكيل من يعمل لغيره) وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فانه عامل لنفسه في ابراء ذمته (ولو صححناها) أي ولو صححنا الوكالة فيما نحن فيه (صار) أي صار الوكيل (عاملا لنفسه في ابراء ذمته) لان قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله (فانعدم الركن) أي ركن الوكالة وهو العمل للغير

(قوله لا بعد براءة الكفيل الخ) أقول بأن أبرأه المكفول له عن الكفالة قال المصنف (فلأن الوكيل من يعمل لغيره) أقول ولا واحد من الكفيل من يعمل لغيره فهذا قياس من الشكل الثاني أو هو قياس من الشكل الاول على هذه الصورة لو كان الكفيل وكيلا لصار عاملا لنفسه وكل من صار عاملا لنفسه فليس بوكيل اذ لا شئ ممن هو عامل لنفسه بوكيل وهذا ألائم ببعض عبارته فتأمل قال المصنف (ولو صححناها صار عاملا لنفسه الخ) أقول قال الزيلعي فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذاك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك انتهى فيه بحث لانه ان أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك الا أن يقال انه من قبيل المبالغة في التشبيه وان أراد أنه تمليك للابراء كما في طلقي نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا (قوله ونوقض بتوكيل المديون) أقول بتوكيل مضاف الى المفعول (قوله سلمناه لكن الابراء تمليك الخ) أقول يعني لا نسلم كون الابراء من جنس الاسقاط بل هو من جنس سائر التمليك كما في قوله طلقي نفسك الا أنه محل تأمل (قوله واعترض بأن عمل الوكيل الخ) أقول هذا الاعتراض معارضة (قوله بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل) أقول اذا كان المحل قابلا له وفيما نحن فيه كذلك لكونه كفيلا فتأمل (قوله فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون الخ) أقول قال الله تعالى ماننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها (قوله فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة الخ) أقول وفي خلاصة شرح القدوري واذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن عن المبتاع فضمانه باطل لانه أمين فلا يصير ضامنا انتهى ففيما ذكره الشارح بحث

قال (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها الخ) ومن دفع الى آخر عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذى أنفقه من ماله بمقابلة العشرة الذى أخذه من الموكل لا يكون متبرعا فيما أنفق قيل هذا استحسان ووجهه أن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ماذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن وقد قررناه يعنى فى باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا أى مانحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء شئ يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه فى تلك الحالة فيحتاج الى أن يؤدى ثمنه من مال نفسه فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين فى الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعا

قال (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ماذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا

ماقررناه فتبصر (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله) أى لينفقها عليهم (فأنفق عليهم عشرة من عنده) أى من مال نفسه (فالعشرة بالعشرة) أى فالعشرة التى أنفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التى أخذها من الموكل يعنى لا يكون الوكيل متبرعا فيما أنفق بل ما أخذه من الموكل يصير ملكا له قال الامام التمرتاشى هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها أو كان مطلقا لكن ينوى تلك العشرة أما اذا كانت عشرة الدافع مستهلكة أو كان يشترى النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين فى الوكالة وكذا لو أضاف العقد الى غيرها كذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية وقال فى الكفاية بعد ذلك وقيل لا تتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما قال المصنف فى تعليل ما فى الكتاب (لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه) أى فى الوكيل بالشراء (ماذكرناه) من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن (وقد قررناه) يعنى فى باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية (فهذا) أى مانحن فيه من التوكيل بالانفاق (كذلك) لان الوكيل بالانفاق على الاهل قد يضطر الى شراء شئ يصلح لنفقتهم ولا يكون مال الموكل معه فى تلك الحالة فيحتاج الى أن يؤدى ثمنه من مال نفسه فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال واعلم أن محمدا لم يذكر فى الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر فيه مسئلة قضاء الدين فقال واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عنى فدفع الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس أن يدفع التى حبسها الى الموكل ويكون متطوعا فى التى دفع ولكنى أدع القياس فى ذلك وأستحسن أن أجيزه الى هنا لفظ الاصل وانما ذكر مسئلة الانفاق فى الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا فى شرح وجه هذا الذى ذكره استحسان والقياس أن يردها على الموكل إن كانت قائمة ويضمن إن كان استهلكها وهو قول زفر وهذا معنى قول المصنف (وقيل هذا استحسان وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا) أى ليس للوكيل انفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل بل اذا أنفق عشرة نفسه يصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وإن استهلكها ضمن وجه القياس أن الدراهم تتعين فى الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل فيصير متبرعا وأما وجه الاستحسان فما ذكره المصنف فيما مر آنفا بقوله لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء الخ وقالوا فى شروح الجامع الصغير أيضا من المشايخ من قال ليس فى قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد فى الاصل أما الانفاق ففيه شراء فلم يختلف فيه وجه القياس والاستحسان بل يصح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياسا واستحسانا وهذا معنى قول المصنف (وقيل

(قوله فالعشرة الذى أنفقه الخ) أقول والاولى أن يقال فالعشرة التى أخذها من الموكل بمقابلة العشرة التى أنفقها من ماله كما يظهر بالتأمل قال الاتقانى أى تكون العشرة التى حبسها عنده بالعشرة التى أنفقها من خالص ماله انتهى وهذا أولى أيضا مما ذكره الاكمل فتأمل ليظهر لك وجه الاولوية (قوله فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال) أقول يعنى التجويز دلالة (قوله وفى القياس ليس له ذلك الخ) أقول هذا القياس يجرى ظاهرا فى التوكيل بالشراء

وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وهو أن يدفع المديون الى رجل ألفا ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا أراد المأمور أن يحبس الالف التي دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لألزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فأما الانفاق فيتضمن الشراء لانه أمر بالانفاق وهو أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا والله أعلم

باب عزل الوكيل

وجه تأخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم أن الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أولا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من

وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فأما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم بالصواب

باب عزل الوكيل

قال (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لان الوكالة حقه فله أن يبطلها الا اذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير

(وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء) هذا وجه القياس يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم نجعله متبرعا لألزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا ووجه الاستحسان ماذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله لان المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اه (فأما الانفاق) فانه (يتضمن الشراء) لأن الامر بالانفاق أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا (فلا يدخلانه والله أعلم) أي فلا يدخل القياس والاستحسان في الانفاق بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في أن الوكيل لا يكون متبرعا بالانفاق من مال نفسه

باب عزل الوكيل

أخر باب العزل اذ العزل يقتضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا (قال) أي القدوري في مختصره (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه) أي حق الموكل (فله أن يبطله) أي فللموكل الذي هو صاحب الحق أن يبطل حقه (الا اذا تعلق به) أي بالوكالة ذكر الضمير بتأويل كونها حقا (حق الغير) فحينئذ ليس له أن يعزله بلا رضا ذلك الغير وذلك (بأن كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب) أي بالتماس من جهة المدعي (لما فيه) أي لما في العزل في هذه الصورة (من ابطال حق الغير) وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه وابطال حق الغير لا يجوز قيد بالطلب لانه اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه

جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضي فكذلك وان كان فاما أن علم الوكيل بالوكالة أولا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله يلوح

(قوله وفي الاستحسان له ذلك) أقول وجه الاستحسان أن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له يعني من الدراهم كذا ذكره الاتقاني نقلا من شرح الاسبيجابي للكافي للحاكم الشهيد (قوله وذلك لان قضاء الدين) أقول أي كونه متبرعا في القياس

باب عزل الوكيل

(قوله وهو المذكور أولا) أقول فيه بحث فان المذكور أولا يعمه وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لعموم كلام القدوري وجوابه أن القصر اضافي أي لا عزل وكيل المطلوب (قوله وان كان للمطلوب فان لم يكن الخ) أقول قال الزيلعي في تعليل صحة عزله لعدم تعلق حقه بالوكالة اذ هو لم يطلب (قوله فكان العزل امتناعا) أقول أي فكان العزل اللفظي امتناعا حقيقة لا عزلا

فيضمنه فيتضرر به ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فلا نعيده قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا)

العلم كان التصرف واقعا له (فيضمنه) أى فيضمن ما نقده وما سلمه (فيتضرر به) والضرر مدفوع شرعا ثم إن الوجه الاول عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك وأما الوجه الثانى فمختص بالتصرفات التى ترجع فيها الحقوق الى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما وعن هذا قال المصنف (ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول) يعنى أن الوكيل بالنكاح وغيره سيان فى الحكم المذكور وهو عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا الى الوجه الاول وفى الذخيرة وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى وهكذا ذكر فى سائر معتبرات الفتاوى قال فى المحيط البرهانى واذا جحد الموكل الوكالة وقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا هكذا ذكر فى الاجناس فى مسائل البيوع وفى مسائل الغصب من الاجناس أيضا اذا قال اشهدوا أنى لم أوكل فلانا فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشايخنا ذكروا فى شروحهم أن جحود الموكل الوكالة عزل للوكيل وذكر شيخ الاسلام فى شرح كتاب الشركة أن جحود ما عدا النكاح فسخ له انتهى وهكذا ذكر فى الذخيرة أيضا قال المصنف (وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر) أشار به الى ما ذكره فى فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضى بقوله ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل الخ (فلا نعيده) لعدم الاحتياج الى الاعادة اعلم أن الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان أو عبدا عدلا كان أو فاسقا رجلا كان أو امرأة صبيا كان أو بالغا وكذلك العزل عندهما وعند أبى حنيفة لا يثبت العزل الا بخبر الواحد العدل أو بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين ثم إن هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة وأما اذا كان على وجهها فيثبت به العزل بالاتفاق كائنا من كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا نص عليه فى البدائع وقال فى تعليله لان الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان (قال) أى القدورى فى مختصره (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا) بالباء المكسورة أى دائما ومنه الحمى المطبقة أى الدائمة التى لا تفارق ليلا ولا نهارا وقيل مطبقا أى مستوعبا من أطبق الغيم السماء اذا استوعبها (ولحاقه) بفتح اللام أى وتبطل بلحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) وفى الذخيرة قالوا ما ذكر من الجواب فى الجنون المطبق محمول على ما اذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل فى كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب وأما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل اذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا فى عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وان كان الجنون مطبقا وهذا لان الوكالة اذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الانشاء ولو أنشأ الموكل الوكالة بعد ما جن جنونا مطبقا لا يصح فكذا لا تبقى الوكالة اذا صار الموكل بهذه الصفة وأما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الانشاء وكان الوكيل فى هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيأ من جهة أخرى ثم جن المملك فانه لا يبطل ملكه كما لو ملك عينا فكذا اذا ملك التصرف وبهذا الطريق اذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل الامر انتهى وفى غاية البيان قال فى التتمة والفتاوى الصغرى وهذا كله فى موضع يملك الموكل عزله أما فى موضع لا يملك عزله كالعدل فى باب الرهن والآمر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل

قياسا

فيضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره سيان فى الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فى فصل القضاء بالمواريث فى كتاب أدب القاضى فلا يحتاج الى الاعادة قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل الخ) قد تقدم انه من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل الوكيل من غير توقف على رضا أحد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضا الطالب ففى الاول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا

قال المصنف (ولحاقه بدار الحرب مرتدا) أقول اللحاق بفتح اللام مصدر كالذهاب قال الزيلعى المراد بلحاقه دار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم انتهى هذا لا يوافق ما فى الهداية كما لا يخفى اذ يكون الحكم المذكور فى اللحاق على قولهما حينئذ فان تبطل صيغة الاستقبال

لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولابد في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لا تنعقد منهم ابتداء ونوقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ويتقرر بالموت وأجيب بأن الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا تبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل أمر امرأته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لابد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند أبي يوسف وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم

لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلابد من قيام الأمر وقد بطل بهذه العوارض وشرط أن يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم

قياسا انتهى أقول في المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى اشكال لأن الظاهر من عبارته أن يكون الامر باليد للمرأة من باب التوكيل وليس كذلك فانه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتأمل ثم أقول بقي ههنا شيء وهو أن تقسيمهم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وحملهم الجواب في الجنون المطبق على الثانية دون الاولى ينافي ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة من أن صفة الوكالة هي أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه اذ الظاهر أن المذكور هناك صفتها العامة لجميع أنواعها اللهم الا أن يقال الاصل في الوكالة عدم اللزوم واللزوم في أحد القسمين المذكورين لعارض وهو تعلق حق الغير به على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لأن التوكيل تصرف غير لازم) قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لأن كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها انتهى وقد سبقه تاج الشريعة الى هذا التعليل أقول فيه خلل لأن توقف الوجود على الرضا من الجانبين متحقق في كل عقد لازما كان أو غير لازم وانما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين فقولهما اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ليس بصحيح والصواب أن يقال اذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك (فيكون لدوامه) أي لدوام التوكيل (حكم ابتدائه) لأن التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه فلما لم ينفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه انزالا للمتمكن مكان المبتدئ والمنشئ كما قالوا في قوله تعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد (فلا بد من قيام الأمر) أي فلا بد من قيام أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة اذا كان لابد من أمره بذلك في ابتداء العقد فكذا فيما هو بمنزلته (وقد بطل) أي أمر الموكل (بهذه العوارض) وهي الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الأصل وبطل العارض كذا في الشروح (وشرط) أي شرط في بطلان الوكالة (أن يكون الجنون مطبقا الان قليله) أي قليل الجنون (بمنزلة الاغماء) فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالاغماء (وحد المطبق) أي حد الجنون المطبق (شهر عند أبي يوسف) وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة (اعتبارا بما يسقط به الصوم) أي صوم شهر رمضان وقال في

(قوله اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده) أقول فيه مسامحة لعل هنا سهوا والصحيح عما يتوقف رفع وجوده والا فالبيع بالخيار يتوقف وجوده على رضا الجانبين ويصرح بعد أسطر بأنه غير لازم (قوله لان كلا منهما ينفرد في فسخها) أقول مع أن انفراد أحدهما يكفي في انتفاء اللزوم (قوله فكذا فيما هو بمنزلته) أقول الضمير في قوله بمنزلته راجع الى قوله ابتداء في قوله بمنزلة ابتداء العقد (قوله ونوقض بالبيع بالخيار فانه الخ) أقول فيه مغالطة فان المتقرر هو البيع لا الخيار وهذا هو خلاصة الجواب (قوله وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت الخ) أقول لا يقال انما لم يصرح بالتقسيم لانفهامه من التعليل مع ما أسلفه من قوله الا اذا تعلق به حق الغير الخ لانه لا دلالة فيما سبق من كلامه على لزوم بعض الوكالات أصلا فلا ينفهم التقسيم كما لا يخفى فليتأمل

وعنه أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان أسلم نفذ وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه وقد مر في السير

الواقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة والمختار ما قاله أبو حنيفة انه مقدر بالشهر لأن ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الآجل فكان طويلا (وعنه) أي عن أبي يوسف (أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار) أي فصار من جن في هذه المدة (كالميت) فلا يصلح للوكالة (وقال محمد حول كامل) قال الناطفي في الاجناس قال ابن سماعة في نوادره قال محمد في قوله الأول حتى يجن يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع وقال حتى يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة (لانه يسقط به) أي بالحول الكامل (جميع العبادات) وأما ما دون الحول فلا تسقط به الزكاة لان وجوبها مقدر بالحول فلا يكون في معنى الموت (فقدر به) أي فقدر حد الجنون المطبق بالحول الكامل (احتياطا) قال في الكافي وهو الصحيح وكذا قال في التبيين (قالوا) أي المشايخ (الحكم المذكور في اللحاق) أي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري وهو ما ذكر قبل هذا بقوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا (قول أبي حنيفة لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته) قال المصنف في باب أحكام المرتدين من كتاب السير اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه اهـ وقال الشراح هناك يعني بقوله ما عددناه ما ذكره بقوله وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته فهو موقوف أقول فقد تلخص من ذلك أن مراده ههنا أن بعض تصرفات المرتد موقوف عنده فكذا وكالته لكونها في حكم ذلك ولكن عبارته غير واضحة في افادة المراد (فان أسلم نفذ) أي فان أسلم المرتد نفذ تصرفه السابق (وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه) حتى يستقر أمر اللحاق (وقد مر في السير) أي مر كون تصرف المرتد موقوفا عند أبي حنيفة نافذا عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفى في باب أحكام المرتدين من كتاب السير واستشكل صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال فيما نسب الى أبي حنيفة نظر اذ المرتد اذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كأن لم يزل مسلما عند أبي حنيفة أيضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل أن يقضى بذلك وقول أبي حنيفة في المرتد انه حربي مقهور غير أنه يرجى اسلامه فتوقفنا فان أسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب وان مات أو لحق وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق بل لابد من الحكم به فينبغي أن يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده اهـ كلامه وأقول هنا كلام آخر وهو أن الامام قاضيخان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المصنف ههنا عن المشايخ حيث قال في فصل ما يبطله الارتداد من باب الردة وأحكام أهلها من كتاب السير وان وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم اهـ فانه صريح في أن الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعا لا قول أبي حنيفة فقط فان قلت يجوز أن يكون المراد باللحاق بدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان أن يحكم الحاكم بلحاقه بها قلت ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك فان جاز حمله عليه بدلالة القرائن

وعنه أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد وقال محمد آخرا حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان أسلم نفذت وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت فأما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق وقد مر في السير أي كون تصرف المرتد موقوفا أو نافذا في باب أحكام المرتدين

(قوله يسقط به جميع العبادات) أقول حتى الزكاة (قوله وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) أقول ما سبق ويبطل ما بعده قال المصنف (وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة) أقول ولقد أصاب المحز حيث اختار صيغة المضي هنا وصيغة الاستقبال في بيان مذهبهما لان عنده تبطل تصرفاته السابقة على القتل أو اللحاق أيضا وعندهما لا تبطل تصرفاته السابقة فليتأمل

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ماعرف قال (واذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم

والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه في مسئلة الكتاب أيضا حتى تكون المسئلة اجماعية و يتخلص عن التكلف الذى ارتكبوه في تخصيصها بقول أبي حنيفة ثم أقول الحق عندي أن المراد بماذكر في الكتاب اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق فالمسئلة اجماعية وعن هذا قال الامام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكنز والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه لأن لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع اه وممايؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق أن أساطين المشايخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضي به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند أبي حنيفة بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيط فانه قال بصدد بيان الأنواع الأربعة لتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والاجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند أبي حنيفة توقف هذه التصرفات فان أسلم تنفذ وان مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل وعندهما تنفذ هذه التصرفات اه ومنهم الامام قاضيخان فانه قال في فتاواه أثناء بيان الوجوه الاربعة لتصرف المرتد ومنها ما اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والاجارة والاعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند أبي حنيفة هذه التصرفات موقوفة فان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحرب تبطل وعند صاحبيه تنفذ في الحال اه الى غير ذلك من الثقات حتى ان صاحب الوقاية قال في باب المرتد وتوقف مفاوضته وبيعه وشراؤه وهبته واجارته وتدبيره ووصيته ان أسلم نفذ وان مات أو قتل أو لحق وحكم به بطل اه (وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته) أى بالاجماع (حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها) لانها لا تقتل (على ماعرف) في السير قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية و يعلم من هذا أن الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق فينبغي أن يقول في قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا انتهى أقول هذا خبط منه فانه زعم أن مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب أن وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب وأخذ منه بطريق مفهوم المخالفة أن الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق وليس مراده ذلك بل مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب بالاجماع بخلاف ما اذا كان الموكل رجلا فارتد فان تصرف الوكيل ليس بنافذ هنالك عند أبي حنيفة بعد ارتداد موكله بل هو موقوف عنده على مامر بيانه فافترقا وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق في الصورتين معا قبل الموت أو اللحوق بدار الحرب فانتظم السباق واللحاق ثم اعلم أن كون الوكيل على وكالته في صورة ان كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها الوكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد كذا في المبسوط وذكر في الشروح (قال) أى القدوري في مختصره (واذا وكل المكاتب ثم عجز) أى عجز عن أداء بدل الكتابة فعاد الى الرق (أو المأذون له) أى أو وكل العبد المأذون له (ثم حجر عليه) أى على المأذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعقود أو الخصومات (أو الشريكان) أى أو وكل أحد الشريكين ثالثا بشئ مما اليه بنفسه (فافترقا) أى فافترق الشريكان بعد التوكيل (فهذه الوجوه) أى العجز والحجر والافتراق (تبطل الوكالة على الوكيل علم)

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل ماخلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها الوكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد قال (واذا وكل المكاتب ثم عجز الخ) واذا وكل المكاتب ثم عجز أو العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل

أولم يعلم) لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق

أي علم الوكيل بذلك (أولم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل) أي قيام الامر (بالحجر) في المأذون له (والعجز) في المكاتب (والافتراق) في الشريكين وأما اذا كان توكيل المكاتب أو العبد المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له لان في كل شيء وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بذاته وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كالوكالة ابتداء بعد العجز أو الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا انه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط ولقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ما وليه و بين ما لم يله فما الفارق والجواب ان أحد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان للتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان للتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعا الى هنا كلامه واعلم انه اذا وكل أحد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف وليس للوكيل أن يوكل غيره اذا لم يأمره الموكل بذلك وجه الاستحسان ان كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الامر اليه على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك قد لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل قال صاحب غاية البيان قال الشيخ أبو نصر البغدادي وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جار على الاصل الا في الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر الى هنا لفظه يعني أن أحد شريكي العنان أو المفاوضة اذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري ولكن ذلك خلاف الرواية الاخرى ألا يرى الى ما قال محمد في الاصل واذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل أمضى الذي كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما ينقض الوكالة الى هنا لفظ محمد في باب وكالة أحد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية والعجب من صاحب الهداية أنه أبهم الامر ولم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني أن القدوري أراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لان المتضمن وهو عقد الشركة اذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة والا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة انتهى أقول ان قوله والا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة ليس بتام لا محالة اذ على تقدير أن يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل وفي الرواية المذكورة أيضا اشارة الى ذلك فان قول محمد في الاصل اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك احترازا عن التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما لا يخفى لا يقال مراد صاحب الغاية والا يلزم أن يكون ظاهر اطلاق قوله مخالفا للرواية فلا ينافيه التطبيق بتقييد أو تأويل لانا نقول هذا المعنى مشترك الالتزام فلا وجه لذلك القول بعد أن قيده أيضا وأوله بتأويل بعيد كما ترى

أولم يعلم واذا وكل أحد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا وكذلك لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق

ولافرق بين العلم وعدمه لانه عزل حكمى فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل وأما اذا وكل المكاتب أو المأذون له بتقاضا الدين أو التقاضى فانه لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ماوليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقى حقه بقى وكيله على الوكالة كالو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لاشركة بينهما ثم أمضى الوكيل ماوكل به وهو يعلم أولا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل أحدهما فى حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا فى المبسوط ولقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ماوليه وبين مالم يله فما الفارق والجواب أن أحد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهى مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى فى حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لاغير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل فى حقهما جميعا واذا وكل أحد شريكى العنان وكيلا ببيع شئ من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كل واحد منهما فى حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد وحصوله باثنين وكلام المصنف ساكت عن التفصيل فى المسئلتين جميعا كما ترى وفيه مافيه وقد أول بعض الشارحين كلام القدورى فى افتراق الشريكين بأن المراد به هو الوكالة التى كانت فى ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فتبطل ما كانت فى ضمنها هذا على تقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لاغير على أنه مخالف لعبارة الكتاب قال (واذا مات الوكيل أو جن (١٣١) جنونا مطبقا الخ) لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح أمره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذى كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء

ولافرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمى فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل

قال (واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لانه لا يصح أمره بعد جنونه وموته

(ولافرق بين العلم وعدمه) أى لافرق فى الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك (لان هذا عزل حكمى) أى عزل عن طريق الحكم (فلا يتوقف على العلم) اذ العلم شرط للعزل القصدى دون العزل الحكمى (كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل) أى اذا باع ماوكل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فى العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل قال المصنف فى تعليل ماذكر (لانه لا يصح أمره) أى أمر الوكيل (بعد جنونه وموته) والامر فى قوله لا يصح أمره مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذى كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء كذا فى العناية أقول ههنا شائبة الاستدراك اذ لا يخفى على أولى النهى أن ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة

(قوله وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه) أقول قوله هو راجع الى أحد المتفاوضين والضمير فى قوله وليه راجع الى الشئ قال فى النهاية والشريكان فافترقا أى وكل أحد الشريكين الثالث فهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل أو لم يعلم هذا فيما لم يله الوكيل بنفسه وأما فى الذى وليه الوكيل بنفسه فى المفاوضة فلا تبطل الوكالة بالافتراق لانه ذكر فى باب وكالة المضارب من وكالة المبسوط واذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم تفرقا واقتسما وأشهدا الى قوله فلا ينعزل بنقض الشركة بينهما انتهى ولا يذهب عليك أن صاحب النهاية أرجع الضمير المستتر فى قول المبسوط وليه الى الوكيل وهذا الشارح الى أحد المتفاوضين والاصح عندى ارجاعه الى ما أرجع الشارح اليه وعليك بالتأمل الصادق (قوله لم تبطل الاخرى وهى مستندة) أقول قوله هى راجع الى قوله الاخرى (قوله وكلام المصنف ساكت عن التفصيل فى المسئلتين جميعا الخ) أقول الظاهر أنه أراد مسئلة الشريكين ومسئلة المكاتب والمأذون عندهما واحد الاتحادهما فى المملوكية والحجر (قوله وقد أول بعض الشارحين الخ) أقول يعنى الاتقانى (قوله على أنه مخالف لعبارة الكتاب) أقول فان المعنى المفهوم من قوله اذا وكل أحد الشريكين أنه اذا وكله بعد عقد الشركة كما فى توكيل المأذون والمكاتب وأيضا لا يصح أن ينفرد أحد الشريكين بفسخ عقد الشركة بدون علم صاحبه فلا يستقيم قوله علم أو لم يعلم ويمكن أن يحمل على ما اذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التى كانت فى ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لانه عزل حكمى اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة قال المصنف (بطلت الوكالة لانه لا يصح أمره بعد جنونه وموته) أقول يعنى لم يورث منه ففى قوله لانه لا يصح أمره بحث (قوله ومعناه الامر الذى كان مأمورا به) أقول الضمير فى قوله به راجع الى قوله الامر (قوله وانما عبر عنه بذلك الخ) أقول أى عن عدم بقاء الصحة بسلب الصحة فان قولنا لا يصح سلب لحدوث الصحة

وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز أن يتصرف فيما وكل به الا أن يعود مسلما قال المصنف وهذا عند محمد فأما عند أبي يوسف فلا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد أن التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه أن الوكيل كان ممنوعا شرعا أن يتصرف في شئ لموكله فاذا وكله رفع المانع وأما أن يحدث فيه أهلية وولاية فليس كذلك فانه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد الى ذلك التصرف والذمة الصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة ومخاصمه معروف ولابي يوسف أنه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه أن التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان الوكيل انما ملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك أي تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات فصار كسائر أملاكه واذا بطل الملك بطلت الولاية واذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا تتخلف العلة عن المعلول واذا بطلت

(وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا أن يعود مسلما) قال وهذا عند محمد فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد أن الوكالة اطلاق لانه رفع المانع أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف أنه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية

قليل الجدوى لانه يغني عن البيان لا يقال المراد بذلك دفع احتمال جريان الارث من الوكيل في حق الوكالة لانا نقول احتمال ذلك مع كونه في غاية البعد في نفسه بناء على ظهور أن الموكل رضي برأي الوكيل لا برأي غيره لا يندفع بالتعليل الذي ذكره المصنف لأن الامر بالوكالة وان لم يبق صحيحا بالنظر الى الوكيل الميت الا أنه يحتمل أن يبقى صحيحا بالنظر الى وارثه الحي فلا يتم التقريب (وان لحق) أي الوكيل (بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا أن يعود) من دار الحرب الى دار الاسلام (مسلما) هذا اذا حكم القاضي بلحاقه فانه قال شيخ الاسلام في المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا ما لم يقض القاضي بلحاقه وهكذا أشار اليه شمس الائمة السرخسي في مبسوطه حيث قال ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام واذا قضى القاضي بلحاقه فقد رمونه أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى كذا في النهاية وغيرها (قال) أي قال المصنف (وهذا) أي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما (عند محمد فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة) أي وان عاد مسلما (لمحمد ان الوكالة اطلاق) أي اطلاق التصرف (لانه) أي الوكالة بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر (رفع المانع) فان الوكيل كان ممنوعا شرعا عن ان يتصرف في شئ لموكله فاذا وكله رفع المانع (أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به) أي بالوكيل يعني أن الوكيل لا يحدث فيه أهلية وولاية بل انما يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد الى ذلك التصرف والذمة الصالحة له (وانما عجز) أي وانما عجز الوكيل عن التصرف (بعارض اللحاق لتباين الدارين) يعني أن الاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض ولكن انما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض (فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا) وفي المبسوط ومحمد يقول صحت الوكالة لحق الموكل وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف بعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال يصير كأن لم يكن فبقي الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما لو أغمي عليه زمانا ثم أفاق (ولابي يوسف انه) أي التوكيل (اثبات ولاية التنفيذ) أي تمليك ولاية تنفيذ التصرف في حق الموكل للوكيل لا اثبات ولاية أصل التصرف له (لان ولاية أصل التصرف) ثابتة له (بأهليته) لجنس التصرف في حد ذاته (وولاية التنفيذ بالملك) أي وتمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة (وباللحاق) أي باللحاق بدار الحرب (لحق) أي الوكيل (بالاموات) فبطل الملك (وبطلت الولاية) أي اذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يلزم تخلف المعلول

(قوله وهذا ينزع الى تخصيص العلة) أقول وفي مباحث تقسيم العلة من التلويح أن الخلاف في تخصيص العلل انما هو في الاوصاف المؤثرة في الاحكام لا في العلل التي هي أحكام شرعية كالعقود والفسوخ (قوله ومخاصمه معروف) أقول وهو جعل ارتفاع المانع جزأ من العلة والتفصيل في كتب الاصول

(قوله ولابي يوسف أنه اثبات الخ) أقول لا يقال بعض المقدمات مستدركة لكفاية أن يقول انه اثبات ولاية التنفيذ ولا ولاية باللحاق فلا توكيل لان اللحاق بملكه في المدبر وأم الولد في عدم العود لا يكون بدون ملاحظة تلك المقدمات وفيه منع فانه لم يكف الالحاق في عدم العود وما المقتضي للملاحظة كونه ملكا (قوله فكان الوكيل مالكا) أقول فيه نوع مصادرة حيث كان اثبات المقدمة الاولى بهذه المقدمة فليتأمل (قوله للتنفيذ بالوكالة) أقول أي مالكا لولاية التنفيذ

فلا تعود كملكه فى أم الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة فى الظاهر وعن محمد أنها تعود كما قال فى الوكيل والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال وفى حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق

المعلول عن العلة (فلا تعود) أى الولاية يعنى اذا بطلت الولاية فلا تعود (كملكه فى أم الولد والمدبر) فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه تعتق أم ولده ومدبره ثم بعوده مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التى بطلت لا تعود وأشار بقوله لحق بالاموات الى أن وضع المسئلة فيما اذا قضى القاضى بلحاقه وأما اذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرنا من قبل قال صاحب العناية بقى الكلام فى قوله لان ولاية أصل التصرف بأهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شئ سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى أقول ان قوله لان ولاية أصل التصرف بأهليته ليس بدليل على منطوق قوله انه اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو دليل على مفهوم ذلك وهو لا اثبات ولاية أصل التصرف كما أشرنا اليه فى شرح هذا المقام من قبل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا اثبات ولاية أصل التصرف له حتى يجوز أن تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله محمد لان ولاية أصل التصرف ثابتة له بأهليته فى حد ذاته فلا يتصور ان يثبتها الموكل له بالتوكيل وان لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة فى مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام وهى لا اثبات ولاية التصرف له فلا اشكال على كل حال (ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا) أى وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضى بلحاقه صرح به فى المبسوط وغيره (لا تعود الوكالة فى الظاهر) أى فى ظاهر الرواية (وعن محمد انها) أى الوكالة (تعود كما قال فى الوكيل) وفى السير الكبير يقول محمد يعود الوكيل على وكالته فى هذا الفصل أيضا لان الموكل اذا عاد مسلما عاد اليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضى عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله كذا فى المبسوط (والفرق له على الظاهر) يعنى أن محمدا فرق بين الفصلين أى بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل فى ظاهر الرواية حيث قال بعود الوكالة فى ارتداد الوكيل اذا عاد مسلما فى جميع الروايات وبعدم عودها فى ارتداد الموكل اذا عاد مسلما فى ظاهر الرواية فوجه الفرق له على ظاهر الرواية (ان مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال) أى وقد زال ملك الموكل بردته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البتات (وفى حق الوكيل) أى ومبنى الوكالة فى حق الوكيل (على معنى قائم به) أى بالوكيل كما بيناه من قبل (ولم يزل) أى ولم يزل المعنى القائم به (باللحاق) أى بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضى به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كأن لم يكن كما ذكرنا فيما مر وأما أبو يوسف

قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شئ سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة فى ظاهر الرواية وعن محمد أنها تعود كما فى الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد اليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضى عاد الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه وفى حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وأبو يوسف سوى فى عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان أنسب لكن لما ذكر العود ههنا جر ذكرها فى هذا الموضع والله أعلم

(قوله ورد عليه بعيب الخ) أقول هذه المسئلة متفق عليها بين أبى يوسف ومحمد على ظاهر الرواية ولذلك قال المصنف وعن أبى يوسف فتصلح للاستشهاد (قوله وقد زال بردته الخ) اقول وزال الامر بالتصرف ولم يتجدد (قوله جر ذكرها فى هذا الموضع) اقول الضمير فى قوله ذكرها راجع الى المسئلة فى قوله ولعل ايراد هذه المسئلة

قال (ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل أن يوكله باعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شئ ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت

فسوى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن وكل آخر بشئ) من الاثباتات أو الاسقاطات (ثم تصرف) أى الموكل (بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) الى هنا لفظ القدورى قال المصنف (وهذا اللفظ ينتظم وجوها كثيرة) من المسائل (مثل أن يوكله) أى الآخر (باعتاق عبده) أى عبد الموكل (أو بكتابته) أى بكتابة عبده (فأعتقه) أى أعتق ذلك العبد (أو كاتبه الموكل بنفسه) فان الوكالة تبطل حينئذ (أو يوكله بتزويج امرأة) أى أو ان يوكله بتزويج امرأة معينة اياه (أو بشراء شئ) أى أو أن يوكله بشراء شئ بعينه له (ففعله بنفسه) أى ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بأن يتزوجها بنفسه أو يشتريه بنفسه فان ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة (أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج) وهو الموكل (ثلاثا) أى ثلاث تطليقات (أو واحدة) أى أو طلقها طلقة واحدة (وانقضت عدتها) فان الوكالة تبطل هنالك أيضا ولا يكون للموكل بعد ذلك أن يطلقها وانما قيد بالثلاث وقيد الواحدة بانقضاء العدة والمراد بها ما دون الثلاث لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية فان للوكيل أن يطلقها ما دامت فى العدة وأما اذا طلقها الموكل تطليقات ثلاثا فلا يملك الوكيل طلاقها الا فى العدة ولا بعدها والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله أيضا قادرا عليه وما لا فلا كذا ذكره فى النهاية والعناية أقول فى هذا الاصل نوع اشكال اذ الطالب أن يطلب الفرق حينئذ بين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امرأة فان الموكل هنالك لو تزوجها بنفسه ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه كما صرح به فى عامة الكتب وذكره المصنف أيضا فيما بعد مع ان الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة أخرى فلم لم يقدر الوكيل أيضا على أن يزوجها منه مرة أخرى وعلل فى البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بأن الامر بالفعل لا يقتضى التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما فى الاوامر الشرعية والظاهر أن هذا التعليل يقتضى أن لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا فى مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا فان قيل بطلان الوكالة فى مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المصنف فيما بعد قلنا قد انقضت الحاجة فى مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا بتطليق الموكل بنفسه لا يقال قد تقع الحاجة الى تكرار الطلاق تشديدا للفرقة لانا نقول قد تقع الحاجة الى التزوج مرة أخرى أيضا فلم يتضح الفرق فتأمل (أو بالخلع) أى أو أن يوكله بأن يخالع امرأته (فخالعهما) أى فخالعهما الموكل (بنفسه) فان الوكالة تبطل هنالك أيضا قال المصنف فى تعليل المسائل المذكورة كلها (لانه) أى الموكل (لما تصرف) فيما وكل به (بنفسه تعذر على الوكيل التصرف) فى ذلك لامتناع تحصيل الحاصل (فبطلت الوكالة) فى جميع ما ذكر (حتى لو تزوجها) أى لو تزوج الموكل المرأة التى وكل الآخر بتزويجها منه (بنفسه وأبانها) أى أبانها بعد أن تزوجها بنفسه (لم يكن للوكيل أن يزوجها منه) أى لم يكن للوكيل أن يزوج تلك المرأة المبانة من الموكل مرة أخرى (لان الحاجة قد انقضت) أى لان حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه أقول

ههنا

قال (ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به الخ) ومن وكل آخر بشئ من الاثباتات أو الاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لانقضاء الحاجة

قال المصنف (لان الحاجة قد انقضت) أقول قال الاتقانى فلو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز فى قياس أبى حنيفة ولم يجز فى قول أبى يوسف ومحمد لانها صارت أمة ونكاح الامة غير معهود وغير المعهود خارج عن مراد المتكلم عندهما انتهى وقد سبق أدلة الجانبين لاصلهما فى النكاح

بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن أبي يوسف رحمه الله انه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له أن يبيعه مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال

ههنا كلام أما أولا فلأن تفريع هذه المسئلة بحتى على التعليل الذى ذكره لبطلان الوكالة فى المسائل المذكورة ليس بتام لان الموكل انما تصرف بنفسه فى تزوجها مرة أولى فهو الذى تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور وفحوى هذه المسئلة أن لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة أخرى ولا تأثير فيه للتعليل المذكور لان الموكل لم يتصرف بنفسه فى هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها فالاولى أن يترك أداة التفريع ويذكر هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع فى سائر المعتبرات وأما ثانيا فلأنه ان أراد بقوله لان الحاجة قد انقضت ان الحاجة الى تزوجها مرة أولى قد انقضت فهو مسلم ولكن هذا لا ينافى بقاء الحاجة الى تزوجها مرة أخرى فلا يتم التقريب وان أراد بذلك ان الحاجة الى تزوجها مطلقا قد انقضت فهو ممنوع اذ قد يحتاج الرجل الى تزوج امرأة واحدة مرارا متعددة لاسباب داعية اليه فالاولى فى تعليل هذه المسئلة ما ذكر فى البدائع من ان الامر بالفعل لا يقتضى التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما فى الاوامر الشرعية (بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل) أى بخلاف ما اذا تزوج الوكيل المرأة التى وكل بتزويجها من الموكل (وأبانها) أى وأبانها بعد أن تزوجها حيث يكون (له أن يزوج الموكل) تلك المرأة المبانة (لبقاء الحاجة) أى لبقاء حاجة الموكل الى تزوجها (وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه) أى فباع الموكل ذلك العبد بنفسه يعنى بطلت الوكالة فى هذه الصورة أيضا (فلو رد عليه) أى فلو رد العبد على الموكل (بعيب بقضاء قاض فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى) روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به فى الذخيرة (لان بيعه بنفسه) أى لان بيع الموكل ذلك العبد بنفسه (منع له من التصرف) حكما (فصار كالعزل) أى فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا الا بتجديد الوكالة (وقال محمد له) أى للوكيل (أن يبيعه) أى أن يبيع ذلك العبد (مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه) أى لان الوكالة بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر وقد مر غير مرة (اطلاق) أى اطلاق التصرف وهو باق والامتناع انما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل (والعجز قد زال) أى وعجز الوكيل قد زال بعود العبد الى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة وانما قيد الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضى لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالاجماع لان الرد بغير القضاء كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء واعلم أنه ذكر فى المبسوط مسئلة الرد بالعيب بقضاء القاضى من غير خلاف فى جواز البيع للوكيل ووضع المسئلة فى الامة فقال ولو باعها الوكيل أو الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشترى لم يكن للوكيل أن يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كأن الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلا يثبت

بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فأبانها فان له أن يزوجها الموكل لبقاء الحاجة

وكذا لو وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه لنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور أن يطلقها وانما قيد بقوله ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية فان له أن يطلقها مادامت فى العدة والاصل فيه أنما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك ومالا فلا وكذا اذا وكل بالخلع فخالعها (قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة) متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالاجماع لانه كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد له أن يبيعه مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق وهو باق والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال

بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لانه مختار فى الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم

فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل من المالك انتهى ولم يذكر الخلاف أيضا فى المسئلة المذكورة فى الاصل ولا فى الكافى للحاكم الشهيد ولا فى شرحه للامام علاء الدين الاسبيجابى ولكن ذكره القدورى فى شرحه فقال قال أبو يوسف رحمه الله ليس للوكيل أن يبيعه وقال محمد له أن يبيعه ثم اعلم ان صاحب البدائع بعد أن ذكر الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى المسئلة المذكورة قال ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع فى هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع والهبة ووجه الفرق له لم يتضح انتهى فقد أراد المصنف بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد فقال (بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب) أى الموكل (بنفسه ثم رجع) عن هبته حيث (لم يكن للوكيل أن يهب) مرة أخرى بالاجماع (لانه) أى لان الموكل الواهب بنفسه (مختار فى الرجوع فكان ذلك) أى كان رجوعه مختارا (دليل عدم الحاجة) الى الهبة اذ لو كان محتاجا اليها لما رجع عنها فكان دليلا على نقض الوكالة (أما الرد بقضاء) أى أما رد المبيع بقضاء القاضى على الموكل البائع بنفسه فهو (بغير اختياره) أى بغير اختيار الموكل البائع (فلم يكن دليل زوال الحاجة) الى البيع أقول من العجائب ههنا أن الشارح العينى قال فى شرح قول المصنف أما الرد بقضاء أى أما رد الهبة بقضاء القاضى وفى شرح قوله بغير اختياره أى اختيار الواهب حيث زعم أن مراد المصنف بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار وبين ردها بقضاء القاضى وهذا مع كونه غير صحيح فى نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما اذا وكله بالهبة بما سبق من مسئلة توكيله بالبيع وماذا يقول فى قوله (فاذا عاد اليه) أى الى الموكل (قديم ملكه كان له) أى للوكيل (أن يبيعه والله اعلم) فانه صريح فى أن مراده الفرق بين البيع والهبة وذكر فى التتمة قال محمد لا يشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضى بمباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له أن يبيع له ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة فتنقضى بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع الموكل فى هبته عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى قال فى البدائع ثم هذه الاشياء التى ذكرنا أنه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهى لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل بها أو اذا لم يعلم فى حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو أن الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن فى يده ومات العبد قبل التسليم الى المشترى يرجع المشترى على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل فكذا اذا دبره وأعتقه أو استحق أو كان حر الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذى وكل ببيعه أو نحو ذلك لا يرجع والفرق أن الوكيل هنالك وان صار معزولا يتصرف الموكل لكنه صار مغرورا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له عما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة أو ضمان الغرور فى الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقرر فى الموت وهلاك العبد والجنون وأخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذى عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك فى يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بأمره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا الى هنا لفظ البدائع

بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لان الموكل مختار فى الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله أعلم

﴿كتاب الدعوى﴾

﴿كتاب الدعوى﴾

لما كانت الوكالة بالخصومة التى هى أشهر أنواع الوكالات سببا داعيا الى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لأن المسبب يتلو السبب ثم ان ههنا أمورا من دأب الشراح بيان أمثالها فى أوائل الكتب وهى معنى الدعوى لغة وشرعا وسببها وشرطها وحكمها ونوعها فقال صاحب العناية وهى فى اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفى عرف الفقهاء مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بأن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجىء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا أن تأول بالمشروط بالمطالبة أقول هذا ساقط لأن كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافى استقامة تعريف نفس الدعوى بها اذ المباينة لصحة الشئ لا تقتضى المباينة لذلك الشئ ألا يرى أن كل شئ مباين لصحته لكونها وصفا مغايرا له وليس بمباين لنفسه قطعا غاية ما لزم ههنا أن يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التى هى نفس الدعوى ولا محذور فيه فان صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوى والشرعى على وجه البسط والتفصيل وأما سببها فما هو السبب الذى ذكرناه فى النكاح والبيوع لان دعوى المدعى لا تخلو اما أن تكون أمرا راجعا الى بقاء نسله أو أمرا راجعا الى بقاء نفسه وما يتبعهما وكلاهما قد ذكرا وأما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء لان الدعوى لا تصح فى غير هذا المجلس حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعى ومن شرائط صحتها أيضا أن يكون دعوى المدعى على خصم حاضر وأن يكون المدعى به شيأ معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب لما أن الفاسدة من الدعوى هى أن لا يكون الخصم حاضرا وأن يكون المدعى به مجهولا لان عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضى القضاء به وأن لا يلزم على المطلوب شئ بدعواه نحو أن يدعى انه وكيل هذا الخصم الحاضر فى أمر من أموره فان القاضى لا يسمع دعواه هذه اذا أنكر الآخر لانه يمكنه عزله فى الحال وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا ولهذا وجب على القاضى احضاره مجلس الحكم حتى يوفى ما استحق عليه من الجواب وأما أنواعها فشيآن دعوى صحيحة ودعوى فاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها أحكامها وهى احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين اذا أنكر وفى مثل هذه الدعوى يمكن اثبات المدعى بالبينة أو بالنكول والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى بأحد معنيين اما أن لا يكون ملزما للخصم شيأ وان ثبتت على ما قلنا من أن يدعى على غيره أنه وكيله والثانى أن يكون مجهولا فى نفسه والمجهول لا يمكن اثباته بالبينة فلا يتمكن القاضى من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى أقول فى تحريره نوع اختلال واضطراب فان قوله وأما شرط صحتها على الخصوص الى قوله وان يتعلق به حكم على المطلوب يدل على أن لصحتها شروطا أربعة وهى مجلس القضاء وحضور الخصم وكون المدعى به شيأ معلوما وأن يتعلق به حكم على المطلوب ويقتضى هذا أن يكون فسادها بأحد أمور أربعة وهى انتفاآت هذه الشروط الاربعة وأن قوله لما أن الفاسدة من الدعوى هى أن لا يكون الخصم حاضرا الى قوله لانه يمكنه عزله فى الحال يشعر بأن فسادها انما هو بأمور ثلاثة وهى عدم حضور الخصم وأن يكون المدعى به مجهولا وان لا يلزم على المطلوب شئ بالدعوى بناء على أن المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ كما فى قوله ان الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والامام من قريش على ما عرف فى علم العربية وان قوله وفساد الدعوى بأحد معنيين الخ يدل على أن فسادها بأحد الامرين لا غير لان اضافة المصدر كما فى قوله وفساد الدعوى تفيد القصر نحو ضربى زيدا فى

﴿كتاب الدعوى﴾

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة وهى فى اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفى عرف الفقهاء ما تقدم وهى مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطى المعاملات لان المدعى به اما أن يكون راجعا الى النوع أو الشخص وشرطها حضور خصمه ومعلومية المدعى به وكونه ملزما على الخصم فان ادعى على غائب لم تسمع وكذا اذا كان المدعى به مجهولا لعدم امكان القضاء ولو ادعى أنه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لامكان عزله فى الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفى أو الاثبات وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها وفى دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة

﴿كتاب الدعوى﴾

(قوله وهى مطالبة حق الخ) أقول فيه أن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجىء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا أن تأول بالمشروط بالمطالبة (قوله اما أن يكون راجعا الى النوع) أقول كما فى دعوى النسب (قوله بل من حيث) أقول للتعليل

قال (المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد

الدار على ما نص عليه العلامة التفتازاني في شرح التلخيص ثم ان قوله وأما أنواعها فستأتي لا يخلو عن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطأة (قال) أى القدورى في مختصره (المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه المدعى من لا يجبر على الخصومة وقال في شرحه لم يقل اذا تركها كما قال القدورى ومن تبعه لانه غير محتاج اليه والترك والفعل والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى أقول فيه بحث اذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم أن ينتقض تعريف المدعى بالمدعى عليه حالة الفعل فانه يصدق عليه في هذه الحالة انه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفعل حالة حصوله وأما ايهام القيد المذكور الاختصاص فممنوع لاندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حالة الفعل (ومعرفة الفرق بينهما) أى بين المدعى والمدعى عليه (من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على من أنكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما (وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه) أى في الفرق بينهما (فمنها ما قال في الكتاب) يعنى مختصر القدورى (وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة) وهى البينة أو الاقرار أو النكول على قول من يرى أنه ليس باقرار كما سيعلم في باب اليمين (كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد) قال صاحب العناية وهو ليس بعام أى جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة انتهى أقول يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين أحدهما أنه يقبل في تلك الصورة قول المودع مع يمينه كما سيجيء في الكتاب فلا يصدق عليه انه لا يستحق الا بحجة وثانيهما أن المودع في تلك الصورة لا يستحق شيأ فلا يصدق عليه أنه يستحق بحجة ثم أقول يمكن الجواب عن الوجهين معا بانه سيجيء في الكتاب أن الاعتبار عند الحذاق من أصحابنا للمعانى دون الصور فلهذا أن المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان فيجوز أن يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورة فحينئذ لا ضير في عدم تناول تعريف المدعى صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدعيا حقيقة أو معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول بأن المودع من حيث انه مدع رد الوديعة لا يستحق الا بحجة وأما استحقاقه بقوله فانما هو من حيث انه مدعى عليه وبالجملة قيد الحيثية معتبر وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى أقول ويمكن الجواب عن هذا أيضا بأن دفع استحقاق غيره لا ينافي استحقاق نفسه بل يقتضيه بناء على أن الحقوق لا تتحقق بدون المستحق فيكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافي صحة تعريفه بمن يكون مستحقا بقوله وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقا بقوله من غير حجة فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه فان قلت صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر في

الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع أن في العدول من أن يقول من يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا ايماء الى دفع هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات

المدعى واليمين على من أنكر فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب يعنى القدورى المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة يعنى البينة أو الاقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد وهو ليس بعام أى جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره

(قوله يعنى البينة أو الاقرار) أقول أى باقرار المدعى عليه (قوله لعدم تناوله صورة المودع) أقول اذ لا يصدق عليه أنه لا يستحق الا بحجة حيث يقبل قوله أيضا مع يمينه بل هو لا يستحق الشئ وهذا هو الاولى في توجيه النقض (قوله اذا ادعى رد الوديعة) أقول فانه لا يستحق الشئ (قوله ولعله غير صحيح لان المدعى عليه الخ) أقول قد مر في الدرس السابق أن لدوام

في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى قلت هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها أيضا بأن يقال المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق بقوله على أن يكون مستحقا مجازا عن ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله كذي اليد ونظيره هذا ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم فالذي يلزم حينئذ من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر أن يتجدد الثبات على الاستحقاق لا ان يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه وأجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قد مر في الدرس السابق ان لدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع ان في العدول من أن يقول من يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا بقوله ايماء الى دفع هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات اه أقول في كل من شقي جوابه نظر أما في شقه الاول فلانا سلمنا أن لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في أوائل الباب السابق ولكن لا نسلم أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فتأمل وأما في شقه الثاني فانه لا يذهب على من له دربة بالعلوم الادبية أنه لا فرق بين أن يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقا بقوله في افادة التجدد والحدوث لان صلة من في كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعا وكون الخبر اسما في الثانية مما لا مدخل له في افادة الدوام والثبات أصلا على ان الثقات من محققي النحاة كالرضي وأضرابه صرحوا بأن ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص اما ماضيا أو حالا أو استقبالا فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال وقال الفاضل الرضي وذهب بعضهم الى ان كان يدل على استمرار مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي وشبهته قوله تعالى وكان الله سميعا بصيرا وذهل ان الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا لا من لفظ كان ألا يرى أنه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ وكان قياس ما قال أن يكون كن ويكون للاستمرار أيضا وقول المصنف فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائما أو منقطعا رد على ذلك القائل يعني أنه يجيء دائما كما في الآية ومنقطعا كما في قولك كان زيد قائما ولم يدل لفظ كان على أحد الامرين بل ذلك الى القرينة الى هنا كلامه فقد تقرر من هذا انه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين وانما ذهب اليه بعض ذهولا وأما الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فما لم يذهب اليه أحد قط فما ذكره ذلك المجيب خارج عن قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق بقوله بالجملة الاسمية لتم الفرق وليس فليس (وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر) قال صاحب العناية ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان اه أقول فيه بحث اذ لا نسلم ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس هو بمتمسك بالظاهر قوله اذ رد الوديعة ليس بظاهر قلنا مسلم لكن لا نسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر وكذا لا نسلم انه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو رد الوديعة والحاصل ان صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فأورد

وقيل المدعى من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ومعناه قول من قال المدعى كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا أو قرارا للشيء على ماهيته والظاهر كون الاملاك في يد الملاك وبراءة الذمم فالمدعى هو من يريد ازالة الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان عليه ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ويجوز أن يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان

(قوله ولعله منقوض بالمودع الخ) أقول ويندفع باعتبار قيد الحيثية في كلا التعريفين

وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان

النقض على تقريرهما وليس الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع اذا ادعى رد الوديعة على التقرير الاول أيضا بأنه مدع رد الوديعة و يجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على انه حد عام صحيح ثم ان ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة أيضا فيما اذا ادعى المودع رد الوديعة وأما على تقدير أن كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس أصلا واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية ههنا حيث قال فيه كلام وهو ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل بل انما هي مجرد انكار الضمان وثبوت الشيء في ذمته بخلاف صورة الدين وأشير الى هذا في الكافي اه أقول نعم قد أشير اليه بل صرح به في الكافي وعامة الشروح والظاهر ان صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن بعد ذلك له أن يقول سلمنا ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال ولكن في عهدته حفظ مال الوديعة اذ قد تقرر في كتاب الوديعة انها عقد استحفاظ وان حكمها وجوب الحفظ على المودع فكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ والفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال فيمشي كلامه و يتم مرامه وأما قوله ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الخ فيجوز أن يكون مبنيا على مجرد الاشتراك بين المسئلتين في كون الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال وان كانتا مختلفتين بكون الاشتغال في احداهما بالمال وفي الاخرى بالحفظ فالذي يقطع عرق ايراد صاحب العناية ههنا ما قدمناه لا غير (وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح) لما ورد من قول النبي صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر وروى اليمين على المدعى عليه (لكن الشأن في معرفته) أي معرفة المنكر (والترجيح بالفقه) أي بالمعنى دون الصورة (عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان) تعليل لقوله فالقول له مع اليمين قال صاحب العناية يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه اه أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح أما أولا فلانه غير مطابق للمشروح لان قول المصنف والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في ان المعتبر هو المعاني لا غير وقول صاحب العناية فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها مخالف له لانه صريح في ان الصورة أيضا معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح احداهما على الاخرى وأما ثانيا فلان أول هذا الشرح مخالف لآخره فان قوله في الاول اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أي باعتبار المعنى دون الصورة صريح في ان المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة وقوله في الآخر فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها صريح في ان كلتا الجهتين معتبرتان ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب العناية ههنا وتبيين مرامه فقال المراد بالجهتين الانكار الصوري والانكار المعنوي لا الادعاء الصوري والانكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة

وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من أنكر وروى اليمين على المدعى عليه لكن الشأن في معرفة من أنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه

(قوله يعني اذا تعارض الجهتان الخ) أقول المراد بالجهتين الانكار الصوري والانكار المعنوي لا الادعاء الصوري والانكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوي

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره) لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام فى المجهول لا يتحقق

الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوى اه أقول هذا أيضا غير صحيح أما أولا فلأن الشرح لا يطابق المشروح حينئذ أيضا فان قول المصنف لان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة يدل قطعا على ان المراد بالصورة ههنا الادعاء الصورى حيث جعل الصورة قيدا للادعاء فى قوله وان كان مدعيا للرد صورة وأما ثانيا فلأنه لا معنى للتعارض بين الانكار الصورى والانكار المعنوى لانه اما أن يراد بالتعارض ههنا مجرد التخالف فى الحقيقة أو التنافى فى الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار الصورى والانكار المعنوى أما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر وأما عدم تحقق الثانى بينهما فلان المنكر المعنوى فيما اذا قال المودع رددت الوديعة هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان والمنكر الصورى هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافى بين انكاريهما فى الصدق لجواز أن يصدقا معا بأن لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه لهلاك الوديعة فى يده من غير تعد منه فاذا لم يتحقق شئ من معنى التعارض بينهما فكيف يصح أن يحمل عليه الجهتان فى قوله يعنى اذا تعارض الجهتان وأيضا انما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما فى محل واحد ومحل الانكار الصورى مغاير لمحل الانكار المعنوى فيما نحن فيه لقيام أحدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء الصورى والانكار المعنوى فانه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الاول قطعا ومحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض ونعم ماقيل * ولن يصلح العطار ما أفسد الدهر * ثم ان الحق عندى أن يشرح هذا المقام على ماتقتضيه عبارة المصنف وهو انه اذا تعارضت الجهتان أى جهة الادعاء الصورى وجهة الانكار المعنوى فالترجيح بالفقه أى بالمعنى عند الحذاق من أصحابنا فان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على انه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة وأن يقال فى وجه قبول بينة المودع فى تلك الصورة انما تقبل بينة المودع اذا أقامها على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة قد تقبل لدفع اليمين على ماصرحوا به فى مواضع شتى من كتب الفقه منها ماذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى مسئلة اختلاف الزوجين فى قدر المهر حيث قال ان المرأة تدعى الزيادة فان أقامت بينة قبلت وان أقام الزوج تقبل أيضا لان البينة تقبل لدفع اليمين كما اذا أقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل اه فحينئذ يتضح المراد ويرتفع الفساد (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه) كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك (وقدره) مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أو كرا واعلم ان هذا فى دعوى الدين لا فى دعوى العين فان العين اذا كانت حاضرة تكفى الاشارة اليها بأن هذه ملكى وان كانت غائبة يجب ان يذكر قيمتها على ماسيفصل فان قلت عبارة الكتاب لا تدل على التقييد قلت نعم الا أن العبارة وقعت كذلك فى عامة معتبرات المتون فلعلها بناء على انفهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل أحوال دعوى الاعيان ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة فى شرح الوقاية لبيان المراد بها على مابيناه ايضاحا للمقام وأما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها فى متونهم الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لان فائدة الدعوى الالزام) أى الالزام على الخصم (بواسطة اقامة الحجة والالزام فى المجهول لا يتحقق) أقول فيه بحث وهو أن عدم تحقق الالزام فى المجهول ممنوع اذ قد تقرر فى كتاب الاقرار أن الاقرار بالمجهول

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره الخ) فذكرنا أن معلومية المدعى به شرط لصحة الدعوى فلابد من ذكر مايعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أو كرا لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام فى المجهول غير متحقق

فان كان المدعى به عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم ليشير اليها فى الدعوى والشهادة والاستحلاف لان الاعلام بأقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك فى المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة أبلغ فى التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا حضر شخص عند حاكم وقال لى على فلان كذا درهما مثلا أشخص اليه لان الصحابة رضى الله عنهم فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره فى مجلس الحكم على هذا القضاة من أولهم الى آخرهم أى أجمعوا والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل أولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عن الطلب فاذا حضر وجب عليه الجواب بالاقرار أو الانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعى به لما قلنا من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا أنكره وعجز المدعى عن اقامة البينة وسنذكره أى وجوب اليمين عليه فى آخر هذا الباب

(فان كان عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى) وكذا فى الشهادة والاستحلاف لان الاعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة أبلغ فى التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم فى كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا أنكره وسنذكره ان شاء الله تعالى

صحيح وقد مر فى صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم اما بالاقرار واما بالانكار فعلى تقدير ان أجاب الخصم بالاقرار يمكن الالزام عليه فى المجهول أيضا لكونه مؤاخذا باقراره فينبغى أن تصح الدعوى فيه أيضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالاقرار وبالجملة أن الالزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول فى دعوى المجهول يتصور الثانى فيها فلا يتم المطلوب لا يقال اقرار الخصم محتمل لا محقق فلا يتحقق الالزام فى دعوى المجهول بل يحتمل لانا نقول المراد بتحقق الالزام الذى عد فائدة الدعوى امكان تحققه دون وقوعه بالفعل والا يلزم أن لا تتحقق الفائدة فى كثير من دعاوى المعلوم أيضا كما اذا عجز المدعى عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل أنكر وحلف اذ حينئذ لا يقع الالزام بالفعل قطعا (فان كان) أى المدعى (عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها) أى كلف المدعى عليه احضار العين المدعاة الى مجلس الحكم (ليشير) أى المدعى (اليها بالدعوى) هذا الذى ذكر لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (وكذا فى الشهادة والاستحلاف) يعنى اذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف المدعى عليه عليها كلف احضارها الى مجلس الحكم ليشير الشهود اليها عند أداء الشهادة وليشير المدعى عليه اليها عند الحلف (لان الاعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة أبلغ فى التعريف) حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضى عندها أو بعث أمينا كذا فى الكافى وغيره (ويتعلق بالدعوى) أى بالدعوى الصحيحة أى بمجردها كذا فى النهاية ومعراج الدراية (ووجوب الحضور) أى وجوب حضور الخصم مجلس القاضى (وعلى هذا القضاة) أى على وجوب حضور الخصم مجلس القاضى بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل أولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب (من آخرهم) أى من آخرهم الى أولهم وقال صاحب النهاية أى بأجمعهم وهذا أيضا صحيح بالنظر الى المآل وقال تاج الشريعة أى من أولهم الى آخرهم واقتفى أثره صاحب العناية وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى (فى كل عصر) فان عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فعله وعثمان وعلى رضى الله عنهما فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر وابن أبى ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه أبو حنيفة رحمه الله الى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الاجماع (ووجوب الجواب اذا حضر) عطف على وجوب الحضور أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أو بلا (ليفيد حضوره) أى حضور الخصم فان المقصود من حضوره الجواب (ولزوم احضار العين المدعاة) أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم أن يحضر المدعى عليه العين المدعاة الى مجلس القاضى (لما قلنا) اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى (واليمين) بالجر عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم اليمين على المدعى عليه (اذا أنكره) أى اذا أنكر المدعى عليه ما ادعاه المدعى وعجز المدعى عن البينة (وسنذكره ان شاء الله تعالى) أى وسنذكر لزوم اليمين

(قوله فان كان المدعى به عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحاكم للاشارة اليها) أقول يعنى كلف المدعى عليه احضار تلك العين للاشارة الى تلك العين (قوله والاشارة أبلغ فى التعريف لكونها الخ) أقول يعنى لكون الاشارة (قوله لان الصحابة رضى الله عنهم فعلوا كذلك) أقول فيه تأمل (قوله على هذا القضاة من أولهم الى آخرهم) أقول الموافق لظاهر عبارة الهداية من آخرهم الى أولهم (قوله أى أجمعوا الخ) أقول يجوز أن يكون تفسيرا لمتعلق على هذا القضاة وأن يكون تفسيرا لقوله من أولهم الى آخرهم على

قال (وان لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها) يعنى اذا وقع الدعوى فى عين غائبة لايدرى مكانها لزم المدعى ذكر قيمتها (ليصير المدعى به معلوما) وذكر الوصف ليس بكاف (لان العين لا تعرف بالوصف) وان بولغ فيه لامكان المشاركة فيه كما مر فذكره فى تعريفها غير مفيد (والقيمة شئ تعرف به) العين فذكرها يكون مفيدا وقوله (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف يعنى والحال ان المشاهدة تعذرت واغلاق تركيبه لايخفى (وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة) بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند أبى حنيفة لان حق المالك قائم فى العين المستهلكة عنده فانه صحح الصلح عن المغصوب على أكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك ملكا له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ فى ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهى دين فى الذمة والصلح على أكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك لابد من بيان المستهلك فى الدعوى والشهادة ليعلم القاضى بماذا يقضى فلابد من ذكر الذكورة والانوثة ومن المشايخ من أبى ذلك لان المقصود فى دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة

قال (وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة

على المدعى عليه فى آخر هذا الباب (قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) هذا لفظ القدورى فى مختصره أى وان لم تكن العين المدعاة حاضرة فى يد المدعى عليه بل كانت غائبة لايدرى مكانها ذكر المدعى قيمة العين المدعاة الغائبة (ليصير المدعى معلوما) فتصح الدعوى بوقوعها على معلوم (لان العين لا تعرف بالوصف) لامكان مشاركة أعيان كثيرة فيه وان بولغ فيه فذكر الوصف لايفيد (والقيمة تعرف به) أى والقيمة شئ تعرف العين به فذكرها يفيد (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله والقيمة تعرف به اى والقيمة شئ تعرف به يعنى والحال ان المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة اذذاك أقصى ما يمكن الاعلام وقد جعل صاحب العناية الجملة المزبورة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف فعليك الاختيار ثم الاختيار (وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة) قال صاحب الكافى نقلا عن القاضى فخر الدين وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه فى يد المدعى عليه فأنكر ان بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب منى عين كذا ولا أدرى أنه هالك أم قائم ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به اه وقال صاحبا النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوى اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغى للقاضى أن يكلف المدعى بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين تسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه بيان القيمة فقد أضر به اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه ثم قال واذا سقط بيان القيمة من المدعى سقط عن الشهود بالطريق الاولى اه وقال الامام الزيلعى فى شرح الكنز بعد نقل ما ذكر فى الكافى فاذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضا بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته اه وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما فى الكافى أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا أنكر والجبر على البيان اذا أقر أو نكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافى لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق الحمد لله على التوفيق انتهى أقول يرد عليه أن ما ذكره من الفائدة جار فى جميع صور دعوى المجهول دينا كان أو عينا فيقتضى صحة دعوى المجهول مطلقا مع أنهم صرحوا بأن من شرائط صحة الدعوى كون المدعى معلوما غير مجهول وان روايه صحة دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت فى دعوى العين الغائبة فقط و يمكن

قال المصنف (وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) أقول قال العلامة النسفى فى الكافى ان المدعى ان لم يبين القيمة وقال غصب منى عين كذا ولا أدرى أنه هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى وعزاه الى القاضى فخر الدين وصاحب الذخيرة وقال العلامة الزيلعى فى شرح الكنز فاذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضا بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته قال المصنف (والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين) أقول حال من الضمير المستتر فى قوله تعرف به والعين تقوم مقام العائد الى ذى الحال لاتحاده معه ويجوز أن يتنازع قوله تعرف بالوصف وقوله تعرف به فى الحال (قوله اذا وقع الدعوى الى قوله فذكرها يكون مفيدا) أقول يعنى أن العين لا تعرف بالوصف وان بولغ فى الوصف لامكان المشاركة فى الوصف كما مر فذكر الوصف فى تعريف العين الغائبة غير مفيد والقيمة شئ تعرف به العين فذكر القيمة يكون مفيدا (قوله جملة حالية من قوله لان العين الخ) أقول بل من قوله والقيمة تعرف به فانه أقرب لفظا ومعنى (قوله على أكثر من قيمته) أقول كما سيجىء فى كتاب الصلح

قال (وان ادعى عقارا حدده وذكر أنه فى يد المدعى عليه وانه يطالبه به)

أن يقال فى دفعه ان مجرد جريان الفائدة المذكورة فى جميع صور دعوى المجهول لا يقتضى صحة دعوى المجهول مطلقا بل لابد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى فى صورة دعوى العين الغائبة المجهولة وهى ان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وبقى بيان الفائدة فيها فبينها اصاحب الدرر والغرر بخلاف سائر صور دعوى المجهول اذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ولكن يرد حينئذ أن يقال ان مثل تلك العلة المذكورة يتحقق فى غير تلك الصورة أيضا من صور دعوى المجهول كما اذا كان لمورث رجل ديون فى ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها أو لم يعرف أحدهما فلو كلف ذلك الوارث فى دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها أو قدرها لتضرر به اذ الانسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال فى يد مورثه فضلا عن أن يعرفهما عند كونه فى ذمم الناس فينبغى أن تصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة مثل ما قيل فى صحة دعوى الاعيان الغائبة المجهولة مع انه مما لم يقل به أحد ثم أقول الظاهر من قولهم واذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود بالطريق الاولى أن فى دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به لكنه مشكل جدا فان القاضى بعد أن سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة لم يحكم للمدعى على المدعى عليه والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به فى صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما وعللوه بعدم امكان القضاء بالمجهول لا يقال القاضى يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه ثم يحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول الجبر عليه انما يصح لو أقر بما ادعى عليه على الجهالة فان التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث أجمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر فى كتاب الاقرار وأما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يجمل شيأ فلا وجه لاجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقى الاشكال فان قلت القاضى لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين نفسها الى صاحبها والجهالة فى قيمة تلك العين لا فى نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول قلت قد مر فى الكتاب أن العين انما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة فى قيمة العين جهالة فى نفسها وأيضا اذا حكم القاضى برد العين الغائبة الى صاحبها فعجز المحكوم عليه عن ردها الى صاحبها ولم يردها اليه فالقاضى ان حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الاشكال وان لم يحكم بها يضيع حق المدعى ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بينته فائدة فان قيل القاضى لا يحكم على الخصم بشئ من المال بل يحبسه ليرد العين المدعاة الى المدعى ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هى الحبس قلنا الى متى يحبسه ان حبسه أبدا يصير ظالما له بعد أن ظهر عجزه عن ردها الى المدعى بأن يمضى على الحبس مدة يعلم بها أنه لو بقيت العين المدعاة لأظهرها على ما ذكر فى كتاب الغصب وان حبسه الى مدة ظهور عجزه عن ردها الى المدعى ثم خلى سبيله من غير أن يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعهد فى الشرع عند اثبات الحقوق المالية وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الاشكال (قال) أى القدورى فى مختصره (وان ادعى عقارا حدده) أى ذكر المدعى حدوده (وذكر أنه) أى العقار (فى يد المدعى عليه وانه يطالبه به) أى وذكر ان المدعى يطالب المدعى عليه بالمدعى أقول هكذا وقع وضع هذه المسئلة فى عامة معتبرات المتون ولكن فيه قصور اذ المتبادر منه أن ذكر حدود العقار كاف فى تعريفه عند الدعوى وليس كذلك اذ قد صرح فى معتبرات الفتاوى بل فى بعض شروح الهداية أيضا بأنه اذا وقعت الدعوى فى العقار فلابد من ذكر البلدة التى فيها الدار

قال (وان ادعى عقارا حدده الخ) اذا كان المدعى به عقارا فلابد من ثلاثة أشياء تحديده وذكر المدعى أنه فى يد المدعى عليه وانه يطالبه به أما الاول فللاعلام بأقصى ما يمكن فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذى هو فيه ثم بذكر حدوده

(قوله وذلك انما يكون بذكر البلدة الخ) أقول يعلم وجوب ذكر البلدة والموضع الذى هو فيه بطريق الدلالة فافهم

لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ماعرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها

ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود. وقال في الخلاصة تصح الدعوى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر أو القرية لازم انتهى وقد صرح في معتبرات الفتاوى أيضا بأن الفقهاء اختلفوا في البداءة فقال الشيخ الامام الفقيه الحاكم أبو نصر احمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقع الدعوى في العقار فلابد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ أولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختيار القول محمد فان المذهب عنده أن يبدأ بالاعم ثم ينزل منه الى الاخص وقال أبو زيد البغدادي يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو الاقرب ثم يترقى الى الابعد قال في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ماقاله محمد بن الحسن أحسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاعم اسمه فان جعفر في الدنيا كثير فان عرف فبها والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا أخص فان عرف فبها والا ترقى الى الجد انتهى وقال في المحيط اختلف أهل الشروط في البداءة بالاعم أو بالاخص وأهل العلم بالخيار في البداءة بأيهما شاء انتهى وقال عماد الدين في فصوله قلت اختلافات أهل الشروط أنه ينزل من الاعم الى الاخص أو من الاخص الى الاعم اجماع منهم على شرطية البيان انتهى فقد تلخص مما ذكرناه كله أن ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار بل لابد أيضا من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر قال المصنف في تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار (لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل) أي نقل العقار (فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به) أقول لقائل أن يقول ان تعذر النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالاشارة لجواز أن يحضر القاضي عند العقار أو يبعث أمينه اليه فيشير المدعى اليه في محضر القاضي أو أمينه بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر ويمكن ان يدفع بأن المنقولات التي يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي أو أمينه عندها لعدم تأديه الى الحرج بخلاف العقارات فانها كثيرة فلو كلف القاضي بحضوره عندها أو بعث أمينه اليها لأدى الى الحرج فافترقا (ويذكر الحدود الاربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ماعرف هو الصحيح) احتراز عما روى عنهما أن ذكر الاب يكفي (ولو كان الرجل مشهورا) مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى (يكتفى بذكره) يعني لا حاجة الى ذكر الاب والجد حينئذ لحصول التعريف بالاسم ولا ذكر النسب وفي الدار لابد من التحديد وان كانت مشهورة عند أبي حنيفة وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه وله أن قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد كذا في الكافي وغيره (فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر) دليل لنا يعني أن اقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع فنعمل به ههنا أيضا (بخلاف ما اذا غلط في الرابعة) أي في الحد الرابع وأنثه المصنف باعتبار الجهة يعني اذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر وأما اذا ذكر الحد الرابع أيضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر (لانه يختلف به) أي بالغلط (المدعى ولا كذلك بتركها)

لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف ولابد من ذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم الا اذا كان معروفا مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى فانه يستغنى عن ذكرهما ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ماعرف هو الصحيح فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع وأنث في الكتاب باعتبار الجهة لانه يختلف به أي بالغلط في الحد المدعى ولا كذلك بتركها كالوشهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهما لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط

وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وأما الثاني فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعى به في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل وكذا في غير هذه الصورة لابد في الشهادة على اليد من ذلك أو بعلم القاضي أنه في يده نفيا لتهمة المواضعة لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه وكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث

وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لابد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما

ونظيره ما اذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن ولم يذكرا الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهما لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق يبطل قياس زفر الترك على الغلط (وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة) فيجري في الثانية ما يجري في الاولى (وقوله في الكتاب) أي قول القدوري في مختصره (وذكر أنه) يعني العقار (في يد المدعى عليه لابد منه لانه) أي المدعى عليه (انما ينتصب خصما) أي في دعوى العين (اذا كان في يده) أي اذا كان المدعى في يده (وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه) أي العقار (في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة) بأن يشهد الشهود أنهم عاينوا أن ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بأنه في يده لم تقبل شهادتهم وكذا الحال في غير هذه الصورة وقد لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد أن يسألهم القاضي أعن معاينة تشهدون أم عن سماع كذا ذكر في معتبرات الفتاوى (أو علم القاضي) عطف على البينة أي أو بعلم القاضي أن ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه (هو الصحيح) احترازا عن قول بعض المشايخ فان عندهم يكفي تصديق المدعى عليه أنه في يده وانما لا تثبت اليد في العقار الا بالبينة أو علم القاضي على القول الصحيح (نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه) أي لعله (في يد غيرهما) أي غير المدعي والمدعى عليه قال صاحب النهاية أي يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ويؤدي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره أنه في يد الثالث اه كلامه وقد اقتفى أثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم الشارح العيني أقول هذا خبط عظيم منهم أما أولا فلأن المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على أحد شيأ بل يصدق المدعي في قوله ان العقار في يد المدعى عليه ولا شك أن تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضي الحكم باليد للمدعى

قال المصنف (نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما) أقول قال ابن البزازي في فتاواه في كتاب الدعوى في آخر الفصل الخامس عشر في نوع من الخامس عشر ذكر الصدر الشهيد وغيره في الفرق بين المنقول وغيره أن النقلي لو كان قائما لابد من احضاره فيما بين الحاكم يده وان كان هالكا فقد أقر بلزوم الضمان على نفسه واقراره على نفسه حجة وفي العقار تهمة المواضعة ثابتة لانه ليس في يد المالك بحسب الحقيقة بل اليد عليه بالحكم فربما يتواضع المدعي مع غير المالك حتى يقر باليد ويقيم عليه شهودا زورا فيسامحه المدعى عليه ويوصل به الحكم ثم يحتج على المالك بحكم قاض عند قاض آخر ويبرهن عليه فان القضاء من أسباب الملك يطلق للشاهد الاداء بأنه ملكه بحكم الحاكم ولو فسره أيضا على الحاكم أن يقبله فصار الحكم فوق معاينة اليد حتى لو فسر بأنه يشهد له بالملك بناء على اليد لا يقبل كما علم وهذه التهمة في المنقول منتفية لان المنقول يكون في يد المالك حقيقة عليه

فلا تتصور فيه تلك التهمة ولان المالك لا يمكنه من النقل والاحضار بين يدي الحاكم انتهى كلام ابن البزازي فلا يرد ما اعترض عليه في بعض الشروح من كون تهمة المواضعة متصورة في العين أيضا (قوله ليحكم القاضي باليد) أقول فيه بحث اذ لا حكم هنا من القاضي للمدعى عليه ولو سلم فهو قضاء ترك لا قضاء استحقاق ولا فساد في نقض قضاء الترك ألا يرى انهما اذا ترافعا الى القاضي وعجز المدعي عن البينة يحلف المدعى عليه يترك المدعى في يده ثم اذا جاء المدعي بشهود يؤخذ منه والحق ما في النهاية أخذا من المبسوط فراجعه متأملا

بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلابد من طلبه ولانه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أومحبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال

عليه والحكم بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى وأما ثانيا فلأن الحكم من القاضي لا يصح الا بحجة من البينة أو الاقرار وقد انتفت بقسميها في تلك الصورة أما انتفاء البينة فلأن المفروض أن لاتقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه وأما انتفاء الاقرار فلأن الاقرار هو الاخبار بحق للغير على نفسه ولا يخفى أن هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعي بالنسبة الى حق اليد في تلك الصورة فاذا لم تتحقق الحجة أصلا لثبوت اليد للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هناك فبطل قولهم ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه الخ والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن العقار قد يكون في يد غيرهما وهما يتواضعان على أن يصدق المدعى عليه المدعي في أن ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعى عليه بأن ذلك العقار له فيحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذي كان ذلك العقار في يده في الواقع ويفضي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير ولقد أفصح الامام قاضيخان في فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن أصحابنا أن رجلا لو أقام البينة على رجل أن في يده الدار التي حدها كذا وبين حدودها فان القاضي لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقم البينة ان الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة أنها له لتوهم أنهما تواضعا في محدود في يد ثالث على ان يدعيه أحدهما فيقول الآخر بأنها في يده ويقيم المدعي بينته عليه انها له والدار في يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على المحضر اه (بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة) فلا مجال للمواضعة المذكورة (وقوله) أي قول القدوري في مختصره (وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلابد من طلبه) قال صاحب العناية في عبارته تسامح لانه يؤول الى تقدير فلابد من طلب المطالبة فتأمل ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلابد من طلبه اه كلامه أقول كل من ايراده وجوابه ساقط أما سقوط الاول فلأن الضمير في طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو راجع الى ما رجع اليه ضمير حقه وهو المدعي فالمعنى المطالبة حق المدعي فلابد من طلب المدعي حتى يجب على القاضي اعانته فلامساحة أصلا وأما سقوط الثاني فمن وجهين الاول أن المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول ههنا هو المدعى عليه والذي دخل عليه الباء هو المدعى فلو كان المعنى المطالب حق المدعي صار المعنى المدعى عليه حق المدعي ولا خفاء في فساده والثاني ان المدعى أيضا ليس بحق المدعي البتة بل ان ثبت دعوى المدعي يكون المدعى حقه والا فلا ففي ابتداء الامر من أين ثبت أنه حقه حتى يتم أن يقال هو حقه فلابد من طلبه اللهم الا أن يقال انه حقه في ابتداء الامر أيضا على زعمه لكنه يحتاج حينئذ الى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج الى جعل المصدر بمعنى المفعول ولا يخفى أن شأن المصنف بمعزل عن مثل هذا التعسف وقال بعض الفضلاء ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الارض ونحوها اه أقول هذا بعيد عن الحق وأبعد مما قاله صاحب العناية في جوابه أما الاول فلما ذكرناه في سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين وأما الثاني فلأن مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التأنيث وتأويل كل مطلوب مذكر بمؤنث وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة بخلاف ما قال صاحب العناية (ولانه يحتمل أن يكون) أي المدعي (مرهونا في يده) أي في يد المدعى عليه (أومحبوسا بالثمن في يده) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أوقبل أداء الثمن (وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال) اذ لو كان مرهونا أومحبوسا بالثمن لما طالب

بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة وأما الثالث فلان المطالبة حقه فلابد من طلب حقه وفي عبارته تسامح لانه يؤول الى تقدير فلابد من طلب المطالبة فتأمل ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلابد من طلبه ولانه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أومحبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات

(قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول) أقول ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الارض ونحوها ثم الظاهر أن ضمير طلبه راجع الى المدعي لا الى الحق لئلا يلزم التفكيك فلا غبار

وعن هذا أي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول يجب أن يقول وهو في يده بغير حق لان العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين بحق

قال المصنف (وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق) أقول قال صاحب الوقاية وفي المنقول يزيد بغير حق قال صدر الشريعة في شرحه فان الشيء يكون في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البائع لاجل الثمن أقول هذه تشمل العقار أيضا فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى ونحن نقول فان احتمال كون المنقول في يد المدعى عليه بحق يزول بالمطالبة على ما صرحوا به فما وجه هذه الزيادة حتى حكموا بوجوبها كما صرح به صاحب الهداية وأجاب صاحب الغرر عن اعتراض صدر الشريعة بأن يقال ان درايته وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين احداهما أن دعوى الاعيان لا تصح الا على ذي اليد كما قال في الهداية انما ينتصب خصما اذا كان في يده والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها الا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم أن في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا (١٤٨) لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى ورد هذا الجواب بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لابد من المطالبة في العقار أيضا ليزول احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في العقار أيضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر انتهى وان أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولي الفيض والالهام فأقول لا شك أن في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة في كونها بغير حق وأن الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة حينئذ تكون شبهة معتبرة ألا يرى أنهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لان الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح فلما اذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة وأما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتبار الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو أتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه اذا كان في كلام مثبت أو منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فأحالوا دفعها الى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فان في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع شبهة كون اليد بحق أونقول لو زاد المدعى قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاغتنم هذا فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ثم اعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار

وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق

بالانتزاع من ذي اليد قبل أداء الدين أو الثمن (وعن هذا) أي بسبب هذا الاحتمال (قالوا) أي المشايخ (في المنقول) أي في دعوى المنقول (يجب أن يقول في يده بغير حق) أي يجب أن يقول المدعى هذا الشيء الذي أدعيه في يد المدعى عليه بغير حق ازالة لهذا الاحتمال فان العين في يد ذي اليد في تينك الصورتين بحق أقول يرد عليه انه ان كان ذكر المطالبة مما لابد منه في دعوى المنقول أيضا فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة كما في دعوى العقار فينبغي أن لا تجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول كما لا تجب في دعوى العقار وان لم يكن ذكر المطالبة مما لابد منه في دعوى المنقول يكون الدليل الذي ذكره المصنف في وجوب ذكر المطالبة في دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لان المطالبة حق المدعى فلابد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول ويمكن أن يجاب عنه بنوع بسط في الكلام وتحقيق في المقام وهو أن ذكر المطالبة مما لابد منه في دعوى المنقول أيضا على ما يقتضيه الدليل الذي ذكره المصنف في دعوى العقار وفي دعوى الدين لكن لا يجب ذكرها قبل احضار المدعى عليه المنقول الى مجلس القاضي بل انما يجب ذكرها بعد احضاره اليه لان اعلام المدعى بأقصى ما يمكن شرط وذلك في المنقول لا يكون الا بالاشارة كما مر فما لم يحضر المنقول الى مجلس القاضي لم تحصل الاشارة اليه وما لم تحصل الاشارة اليه لم يصر معلوما بما يجب اعلامه به وما لم يصر معلوما بهذا لم تتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به يرشد اليه قول المصنف فيما سيأتي لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة حيث يشير الى انه ما بقي شيء يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة ولا شك أن احضار المنقول الى مجلس القاضي مما يتعلق به تمام الدعوى فلم يجب قبله على المدعى ذكر المطالبة

فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه اذ ذاك أن يقول في يده بغير حق ازالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه احضار المدعى المنقول الى مجلس القاضي ويصح للقاضي تكليفه باحضاره اليه والحاصل أن الاحتياج الى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لاجل أن يجب على المدعى عليه احضار المدعى الى مجلس الحكم ووجوب احضار المدعى الى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيرها ثم لما زيد القيد المذكور في دعوى المنقول قبل احضار المدعى عليه المدعى الى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد احضاره اليه الا علة واحدة وهي أن المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين بخلاف دعوى العقار فان لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف وبهذا البسط والتحقيق تبين اندفاع اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية أقول هذه العلة تشمل العقار أيضا فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اه ثم ان ههنا كلمات أخرى للفضلاء المتأخرين فلا علينا أن ننقلها ونتكلم عليها فاعلم ان صاحب الدرر والغرر أجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال ان درايته وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين احداهما أن دعوى الأعيان لا تصح الا على ذي اليد كما قال في الهداية انما ينتصب خصما اذا كان في يده والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم ان في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى اه ورد عليه هذا الجواب بعضهم بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في العقار أيضا ليزول احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في العقار أيضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر اه وقال بعض الفضلاء وان أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولي الفيض والالهام فأقول لا شك أن في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة في كونها بغير حق وان الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة ألا يرى أنهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لأن الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة وأما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتبار الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو أتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية انه اذا كان في كلام مثبت أو منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فأحالوا دفعها الى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فان في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع بها شبهة كون اليد بحق أو نقول لو زاد المدعى قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاغتنم هذا فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل ثم اعلم أن المطالبة في المنقول

قال (وان كان حقا فى الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به

كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار الى هنا كلامه وأقول ماذكره ذلك الفاضل ههنا وسماه بالتحقيق مما لايجدى طائلا وما هو بذلك التلقيب بحقيق أما أولا فلان خلاصة كلامه هى أن مدعى العقار لو أتى بتلك الزيادة وجعلها قيد الكلام الاول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهى شبهة كونه فى يد الغير بحالها اذلم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد وقد تقرر عندهم أن شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة فأحالوا دفع شبهة الشبهة الى كلام مستقل متأخر فى الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فان فى تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فأوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة لان الحاصل منها أن لا يصح الاتيان بتلك الزيادة فى دعوى العقار على أن تجعل تلك الزيادة قيد الكلام الاول وهذا لاينافى صحة الاتيان بها على أن تجعل كلاما مستقلا بأن يقول المدعى انه فى يده وان يده بغير حق فان الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى وتصير متأخرا فى الرتبة عن ثبوت اليد كقوله أطالبه لانه كما أن حق ذكر المطالبة أن يكون بعد ثبوت اليد كذلك حق ذكر أن يده بغير حق بعد ثبوتها اذقبل ثبوت اليد كما لافائدة فى المطالبة لافائدة أيضا فى بيان أن يده بغير حق وهذا مما لاسترة به فلم يظهر وجه عدم تلك الزيادة مطلقا فى دعوى المنقول وبالجملة ان ماذكره وجه لفظى مخصوص بصورة كون الزيادة قيد الكلام الاول لاوجه فقهى عام لجميع صور الزيادة فلايتم التقريب قطعا وأما ثانيا فلانه حينئذ يبقى الاشكال فى المقام بأن شبهة كون اليد بحق تندفع فى دعوى المنقول أيضا بالمطالبة فينبغى أن تترك الزيادة المذكورة فى دعوى المنقول كما تترك فى دعوى العقار ولايحصل هذا الاشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم أن المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى لان دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة فى المنقول أيضا فلا يدفع أن لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال فى المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه وأما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الاشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله (قال) أى القدورى فى مختصره (وان كان حقا فى الذمة) أى وان كان المدعى حقا ثابتا فى الذمة يعنى ان كان دينا لاعينا (ذكر أنه يطالبه به) يعنى ذكر أنه يطالبه به من غير أن يشترط فيه ما يشترط فى العين على ما فصل فيما مر (لما قلنا) تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه واشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلابد من طلبه (وهذا) أى الاكتفاء فيه بذكر المطالبة (لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه) أى تعريف ما فى الذمة وهو الدين (بالوصف) أى بالصفة فالمعنى لكن لابد من تعريفه بالوصف كما لابد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدورى ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره (لانه يعرف به) أى لان ما فى الذمة يعرف بالوصف أى الصفة بأن يقال انه جيد أو وسط أو ردىء بعد أن يذكر جنسه وقدره ولكن انما يحتاج الى ذكر الصفة فيما اذا كان المدعى دينا وزينا ان كان فى البلد نقود مختلفة أما اذا كان فى البلد نقد واحد فلا يحتاج الى ذلك كما ذكر فى الشروح ومعتبرات الفتاوى وهذا كله على تقدير أن يكون مراد المصنف بالوصف ههنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ لكن الاظهر من حيث معنى المقام أن يكون مراده به معنى البيان فالمعنى

وان كان المدعى به حقا فى الذمة ذكر المدعى أنه يطالبه به لما قلنا يعنى قوله لان المطالبة حقه فلابد من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف بأن قال ذهبا أو فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا أو درهما جيد أو ردىء او وسط اذا كان فى البلد نقود مختلفة وأما اذا كان فى البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذلك وبالجملة لابد فى كل جنس من الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف

قال (واذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) لينكشف له وجه الحكم (فان اعترف قضى عليه بها) لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه (وان أنكر سأل المدعى البينة) لقوله عليه الصلاة والسلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال (فان أحضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها) لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه ألا يرى انه

لكن لا بد من تعريف ما فى الذمة أيضا بالبيان أى ببيان ما يحتاج الى ذكره من جنسه وقدره مطلقا ومن نوعه وصفته فى بعض الصور على ما فصل فى النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشنى وبالجملة لا بد فى كل جنس من الاعلام بأقصى ما يمكن به التعريف (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا صحت الدعوى) أى واذا صحت الدعوى بشروطها (سأل) أى القاضى (المدعى عليه عنها) أى عن الدعوى (لينكشف له وجه الحكم) أى لينكشف للقاضى وجه الحكم أى طريقه ان ثبت حق المدعى فان الحكم منه يكون بأحد أمور ثلاثة البينة والاقرار والنكول ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال لينكشف له طريق حكمه (فان اعترف قضى عليه بها) أى فان اعترف المدعى عليه قضى القاضى عليه بالدعوى بمعنى المدعى أو بموجب الدعوى ثم ان اطلاق لفظ القضاء ههنا توسع لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضى الزاما للخروج عن موجب ما أقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب وقد جعلها القاضى حجة بالقضاء بها وأسقط جانب احتمال الكذب فى حق العمل بها كذا فى الشروح وغيرها وقد أشار اليه المصنف بقوله (لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره) أى يأمر القاضى المدعى عليه (بالخروج عنه) أى عما يوجبه الاقرار (وان أنكر) أى المدعى عليه (سأل المدعى البينة) أى طلب القاضى من المدعى البينة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أى لقول النبى عليه الصلاة والسلام للمدعى (ألك بينة فقال لا) أى قال المدعى لا بينة لى (فقال) أى قال النبى صلى الله عليه وسلم (لك يمينه) أى يمين المدعى عليه (سأل) أى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعى عن البينة (ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال) أى فلا بد للقاضى من السؤال عن البينة (ليمكنه الاستحلاف) أى ليمكن القاضى استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة (قال) أى القدورى فى مختصره (فان أحضرها) أى فان أحضر المدعى البينة على وفق دعواه (قضى بها) أى قضى القاضى بالبينة (لانتفاء التهمة عنها) أى عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهى أى البينة فعيلة من البيان لانها دلالة واضحة يظهر بها الحق من الباطل وقيل فيعلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا فى الكافى (وان عجز عن ذلك) أى وان عجز المدعى عن احضار البينة (وطلب يمين خصمه) وهو المدعى عليه (استحلفه عليها) أى استحلف القاضى خصمه على دعواه (لما روينا) اشارة الى قول النبى صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد ان قال المدعى لا (ولا بد من طلبه) أى من طلب المدعى استحلاف خصمه (لان اليمين حقه) أى حق المدعى (ألا يرى انه

قال (واذا صحت الدعوى الخ) اذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضى المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فانه على وجهين اما أن يكون أمرا بالخروج عما لزمه بالحجة أو يصير ما هو بعرضية أن يصير حجة حجة وذلك لانه اما أن يعترف بما ادعاه أو ينكر فان كان الاول فالحكم فيه أن يأمره بأن يخرج عما أقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضى لكمال ولاية الانسان على نفسه فكان الحكم من القاضى أمرا بالخروج على موجب ما أقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان كان الثانى فالحكم فيه أن يجعل القاضى الشهادة المحتملة للصدق والكذب التى هى بعرضية أن تصير حجة اذا قضى القاضى بها حجة فى حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فاذا لا بد من السؤال لينكشف له أحد الوجهين فاذا سأل فان اعترف به أمره بالخروج عنه وان أنكر سأل المدعى البينة لقوله صلى الله عليه وسلم ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل صلى الله عليه وسلم ورتب اليمين على فقد البينة فان أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولا بد من طلبه الاستحلاف لان اليمين حقه ألا يرى انه

(قوله واذا صحت الدعوى الى قوله فانه الخ) أقول يعنى فان الحكم على وجهين اما أن يكون أمرا بالخروج الخ (قوله وان كان الثانى الى قوله اذا قضى القاضى بها حجة) أقول قوله حجة مفعول ثان أن يجعل قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه) أقول الرواية فى المصابيح فلك يمينه وهذا أظهر فى الدلالة على الترتيب

كيف أضيف اليه بحرف اللام فى قوله لك يمينه قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعى لانه يزعم أن خصمه أتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى اذا كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء بمقابلة اتواء وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر بخلاف

ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقا ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى لما ادعاه لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعى لاثبات استحقاقه بما يطالبه القاضى بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فمن الجائز اقامتها بعدها وفى ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر

﴿ باب اليمين ﴾

لما ذكر أن الخصم اذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الاحكام المتعلقة باليمين

(قوله قيل انما جعل) أقول هذا القيل لصاحب النهاية وأصله فى المبسوط (قوله وفى ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة) أقول انتهى كلام النهاية مع تغيير يسير فى بعض عبارته (قوله وفيه نظر) أقول نقل من خط الشارح ما هو صورته وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة مشروعية انتهى قوله لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة الخ فيه بحث بل تكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل

كيف أضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

﴿ باب اليمين ﴾

كيف أضيف اليه بحرف اللام) أى كيف أضيف اليمين الى المدعى بحرف اللام فى قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه والاضافة اليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على أن اليمين حقه وانما قال المصنف أضيف بتذكير الفعل مع كونه مسندا الى ضمير اليمين التى هى مؤنث على تأويل القسم أو الحلف قال صاحب الكافى والفقه فيه أى فى كون اليمين حق المدعى ان المدعى يزعم انه أتوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء بمقابلة اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر به بوجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما فى الكافى ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى للمدعى لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعى لاثبات استحقاقه بما يطالبه القاضى بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه أولا ثم أقام المدعى البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية وفيه نظر وبين وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كانت اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة اه وقال بعض الفضلاء قوله لما كانت اقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث بل تكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل اه أقول بحثه هذا ليس بشئ لان مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كانت اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة ومراد صاحب النهاية أيضا بقوله اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة انما يلزم فى هذه الصورة فاحتمال كون مشروعية البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بأن نكل لا يفيد فى دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية على أن هذا الاحتمال ليس بصحيح فى نفسه لان النكول عن اليمين ليس بعجز عنها اذ هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعى بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى ثم أقول بقى نظر آخر فى كلام صاحب النهاية وهو ان مشروعية اقامة البينة بعد اليمين تقتضى أن لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ومشروعية اقامتها بعد اليمين تقتضى حسنها فان كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزم الحسن الشرعى فهو حسن شرعى أيضا فلا يصير الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتأمل

﴿ باب اليمين ﴾

قال صاحب النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودى لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر فى هذا الباب حكم اليمين اه أقول فيه شئ وهو ان كون

(واذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبى حنيفة رحمه الله معناه حاضرة فى المصر وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف

مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجرى على قول أبى يوسف رحمه الله وعلى قول محمد رحمه الله فى رواية كما سيظهر فى صدر هذا الباب فلم يكن ماذكره وجها جامعا الاقوال أئمتنا على أنه لما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا ذكر فيه أيضا حال اليمين اجمالا فهما مشتركان فى الذكر الاجمالى فيما قبل هذا الباب وأما تفاصيل أحكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل أحكام اليمين فى هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودى فالاولى ما قاله صاحب العناية من أنه لما ذكر أن الخصم اذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الاحكام المتعلقة باليمين انتهى وقال صاحب غاية البيان أقول ما كان يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى رتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل ما فى غاية البيان قلت الذى رتبه المصنف هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها باحكامها وشرائطها انتهى أقول هذا الكلام منه فى معرض الجواب عما نقله من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة كيف وقد قال بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متواليا فما ذكره الشارح العينى مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكأنه ما فهم معنى صريح كلامه ثم أقول فى دفع ذلك ان افراد بعض المسائل من بين أخواتها بوضع باب مستقل لها أو كتاب أو فصل لكثرة مباحثها وأحكامها أو لتعلق غرض آخر باستقلالها كافراد الطهارة من بين سائر شروط الصلاة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب أيضا من ذلك القبيل ولهذا ترى الثقات من أصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على افراد مسائل اليمين بباب أو فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف ههنا بمحل استقباح ولا استبعاد كما لا يخفى (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبى حنيفة) هذا لفظ القدورى قال المصنف (معناه حاضرة فى المصر) أى معنى قول القدورى اذا قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة فى مجلس الحكم فان البينة اذا حضرت فى مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما أشار اليه المصنف بقوله فيما سيأتى كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس واحترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن المصر فانها اذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم ان الظاهر كان أن يقرن المصنف قوله معناه حاضرة فى المصر بذكر قول القدورى اذا قال المدعى لى بينة حاضرة وقد أخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند أبى حنيفة رحمه الله فلعل وجهه أمران أحدهما أن المصنف استقبح قطع كلام القدورى بكلام نفسه فانتظر أن يتم جواب مسئلة القدورى ثم فسر مراده بالحضور فى المصر وثانيهما ان فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة الحضور فى المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف فى مسئلتنا وهو قول القدورى لم يستحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لم تظهر فائدة هذا التفسير فاقتضى هذا السر تأخير المصنف قوله المزبور عن ذكر قول القدورى لم يستحلف عند أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه) أى حق المدعى (بالحديث المعروف) فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبيل هذا الباب من قول النبى صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح ويجوز أن يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر أقول لا يذهب على من تتبع أساليب

قال (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة الخ) اذا قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه

فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع أبي يوسف رحمهما الله فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي

تحرير المصنف في كتابه هذا انه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما روينا كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه لما عدل عن أسلوبه المقرر ألا يرى أنه كيف جرى على ذلك الاسلوب في ذكر دليل أبي حنيفة رحمه الله حيث قال ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا مريدا به الحديث المذكور فيما قبل فالحق أن مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر أي ما جوزه صاحب الغاية لاغير ويؤيده تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف لعموم قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر انتهى فان قلت الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لان اليمين حقه فان كون اليمين حق المدعي يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه حيث أضاف اليه اليمين بلام الملك والاختصاص قلت نعم ولكن يفهم ذلك أيضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر فان كلمة على في قوله على من أنكر تدل على أن المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي نعم انفهامه من الاول أظهر لكن هذا لا يوجب حمل كلام المصنف رحمه الله على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة (فاذا طالبه به يجيبه) أي اذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يجيب القاضي المدعي أي يحكم له بيمين المدعى عليه أو يجيب المدعى عليه المدعي أي يحلف (ولابي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة (فلا يكون حقه دونه) أي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة أي بغير العجز عنها أقول لقائل أن يقول ان كون ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن اقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على أن لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر (كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس) أي مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هناك فكذا ههنا والجامع القدرة على اقامة البينة أقول لابي يوسف رحمه الله أن يفرق بين الصورتين بان يقول اذ لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو أن يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له حق اليمين بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض أعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل الى حقه في الحال يحصل باقامة البينة فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل اقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول أبي حنيفة رحمه الله ههنا بطريق القياس أيضا كما يشعر به كلام المصنف (ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي) قال صاحب غاية البيان وهذه رواية عجيبة لان الشيخ أبا جعفر الطحاوي قال في مختصره ومن ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد انكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي فان أبا حنيفة رحمه الله قد روي عنه في ذلك أن القاضي لا يستحلف له المدعى عليه اذا ذكر المدعي أن له على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف له على ذلك ولا يمنعه من استحلافه

حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي

(قوله فانه ذكر اليمين بعد ما عجز الخ) أقول فيه تأمل فان دلالة ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة على أن لا يكون حقه دونه ليست في الظهور بحيث لا يقبل المنع (قال المصنف فلا يكون حقه دونه) أقول لعل أبا يوسف يقول هذه الصيغة كقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ثم ههنا تقبل شهادة الرجال مع النساء بدون العجز عن شهادة الرجال فكذا هنا ينبغي أن يجوز الاستحلاف دون العجز عن البينة فليتأمل فانه يجوز أن يجاب عنه بأجوبة عديدة منها ما يشير اليه قوله كما اذا كانت الخ (قوله ومحمد مع أبي يوسف) أقول ولعل أبا يوسف يكتفي بالعجز في المجلس فان للمجلس خصائص

قال (ولاترد اليمين على المدعى) لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافى الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ وفيه خلاف الشافعى رحمه الله

لم ذكره أن له بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى هنا لفظ الطحاوى فى مختصره وقد أنكر الرواية عن محمد أصلا كما ترى ومع هذا كيف يدعى صاحب الهداية أن محمدا مع أبى حنيفة رحمهما الله فيما ذكره الطحاوى ألا ترى أن القدورى قال فى كتاب التقريب قال الطحاوى لم توجد هذه الرواية عن محمد انتهى كلام صاحب الغاية وقال الشارح العينى بعد أن ذكر انكار صاحب الغاية على المصنف فى جعله محمدا مع أبى حنيفة فيما ذكر الطحاوى وبعد أن نقل ما قاله صاحب الغاية اجمالا قلت لا وجه لهذا الانكار لان عدم وقوف الطحاوى على أن محمدا مع أبى حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى أقول هذا الكلام منه عجيب لان الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف انما هو اسناد المصنف رواية كون محمد مع أبى حنيفة الى الطحاوى بناء على أن الطحاوى قد أنكر هذه الرواية عن محمد بالكلية فى مختصره فكيف يصح أن يسندها المصنف اليه وليس الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله فى أصلها حتى يتمشى ما قاله العينى من أن عدم وقوف الطحاوى على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها او كون محل انكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادى عليه ألفاظ تحريره فكيف خفى على الشارح العينى (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا تردّ اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر) وجه الاستدلال به ما أشار اليه المصنف بقوله (قسم) أى قسم النبى صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعى واليمين على من أنكر (والقسمة تنافى الشركة) لان الشركة تقتضى عدم التمييز والقسمة تقتضى التمييز وهما متنافيان وبقوله (وجعل جنس الايمان على المنكرين) اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر فى كتب الاصول ان لام التعريف تحمل على الاستغراق ويقدم على تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وههنا كذلك (وليس وراء الجنس شئ) أى شئ من أفراد ذلك الجنس فيكون المعنى أن جميع الايمان على المنكرين فلو رد اليمين على المدعى لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى (وفيه خلاف الشافعى) أى فى عدم رد اليمين على المدعى خلاف الشافعى قال صاحب الكافى وعند الشافعى اذا لم يكن للمدعى بينة أصلا وحلف القاضى المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعى فان حلف قضى به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشئ لانه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين ثم قال وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور وتلقته الامة بالقبول حتى صار فى حيز التواتر فلا يعارضه على أن يحيى بن معين قد رده انتهى وقال الامام الزيلعى فى التبيين قال الشافعى اذا لم يكن للمدعى بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال أيضا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعى ويقضى له لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين ويروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما رويناه وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهل بن أبى صالح وأنكر سهل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للشاهير ولانه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعنى بجلسه

على المدعى واليمين على من أنكر والقسمة تنافى الشركة لانها تقتضى عدم التمييز والقسمة تقتضيه (قوله وجعل جنس الأيمان على المنكرين فى قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وليس وراء الجنس شئ) استدلال آخر بالحديث وفيه خلاف الشافعى وسيأتى

(قال المصنف قسم الخ) أقول استئناف بيانى (قال المصنف وفيه خلاف الشافعى) أقول قيل اذا نكل المدعى عليه عن اليمين وطلب ردها على المدعى صار الظاهر شاهدا للمدعى وصار المدعى من هذه الحيثية منكرا فان المنكر من يتمسك بالظاهر وحينئذ يرتفع الخلاف ويكون النزاع لفظيا قلنا على تقدير تسليم ذلك لا يرتفع الخلاف فان الخلاف بيننا وبين الشافعى فى جواز رد اليمين على المدعى وعدمه وهذا يحققه وانما يكون تسليم ذلك رافعا للخلاف لو كان الخلاف فى جعل جنس الايمان على المنكرين وعدمه وليس كذلك بل الخلاف فى جواز رد اليمين وعدمه فى المجمع ولا يجبر ردها على المدعى فالصواب عدم تسليم صيرورة المدعى منكرا من حيثية النكول اذ يلزم منه عدم تعين المدعى والمنكر وعدم لزوم اليمين على معين ويلزم التسلسل فى رد اليمين وكل ذلك باطل وكذا ما يؤدى اليه

قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق

وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة والمراد على التعاقب ولئن سلم أنه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير الى هنا كلامه (قال) أي القدوري في مختصره (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يتعرض للسبب بان يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الشراء أو الارث أو نحو ذلك وهذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وأرخا وتاريخ ذي اليد أسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد هذا فان قيل أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من زيادة النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعى فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعى عن البينة وههنا لم يعجز الى ههنا كلامه وقد أورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الاول بانه لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه وعلى جوابه عن السؤال الثاني بان مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة والا فلا تمشية لسؤاله أصلا أقول ايراده الثاني متوجه ظاهر وقد كنت كتبته في مسوداتي قبل أن أرى ما كتبه وأما ايراده الاول فمندفع لان ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع الزيادة المذكورة في الصور المزبورة وانما يجبر عليها من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده وهذا ظاهر وكذا الخارج انما لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذي اليد استحقاقه لما في يده وأما من حيث انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصورة المزبورة فيجبر عليها وتحقيقه ان دعوى ذي اليد في الصورة المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتدأة مقصودة بالاصالة فتى جرى الخارج على دعواه يدعى عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعى عليه ذو اليد شيأ لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه أصلا ولولا هذا التحقيق لا نتقض تعريف المدعى والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرر عندهم وهو أن المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصور المزبورة كما اذا ادعى رجل على آخر دينا معينا فادعى الآخر عليه ايفاء ذلك الدين اياه أو ابراء عن ذلك الدين فان الاول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء أو الابراء وكذا الحال في جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه ثم أقول بقى لنا كلام في أثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الاول وهو أنه بين الزيادة التي يدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ فالاول والثالث صحيحان والثاني ليس بظاهر الصحة لان معنى كون أحدهما قابضا في الصورة الثانية أن يكون المدعى في يده بالفعل لا ان يثبت قبضه بالبينة على ما سيجيء تفسيره وبيانه في الكتاب وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى أن كون المدعى في يد القابض في

قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق الخ) ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس عليه البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فان في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قيل أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعى فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعى عن البينة وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وبينة ذي اليد في الملك المطلق

(قال المصنف ولا تقبل بينة صاحب اليد الخ) أقول بل عليه اليمين ان عجز الخارج ولهذا المعنى أوردها هنا ويجوز أن يكون ذكرها استطرادا للمسئلة السابقة كأنه قيل لا تقبل يمين المدعى ولا بينة المدعى عليه والدليل مقدوح في كليهما خلاف الشافعي (قوله فهو من تلك الجهة مدع) أقول لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه (قوله قلت لا لان اليمين) أقول أنت خبير بأن مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة والا فلا تمشية لسؤاله أصلا فليتأمل

فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد أقوى فصار كما اذا أقاماها على نتاج دابة وهو في يد أحدهما أو أقاماها على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضي لذي اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة انه عبده أعتقه

وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه

وبينة الخارج أولى) وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا أو اظهارا لان قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك

تلك الصورة أمر مغاير لا يدعيه ذو اليد أصلا فضلا عن اقامة البينة عليه وقبول بينته بالاجماع فظهر أن بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتمام فالحق أن يقول بدل قوله والقبض وتلقي الملك من شخص مخصوص فتدبر (وبينة الخارج أولى) يعني أن بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا وفي أحد قولي الشافعي تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد ترك في يده وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى بها لذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو والذي ذكره المصنف بقوله (وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد) أي اتأكد البينة باليد لان اليد دليل الملك (فيتقوى الظهور) أي فيتقوى ظهور المدعي (وصار) أي صار حكم هذه المسئلة (كالنتاج) أي كحكم مسئلة النتاج بأن ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد أن هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولاحدهما يد فانه يقضي لذي اليد (والنكاح) أي وكحكم مسئلة النكاح بان تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة على ذلك ولاحدهما يد فبينة ذي اليد أولى (ودعوى الملك مع الاعتاق) أي وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى (أو الاستيلاد) عطف على الاعتاق فالمعنى أو دعوى الملك مع الاستيلاد بان تكون أمة في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة أنه أمته استولدها فبينة ذي اليد أولى (أو التدبير) أي أو دعوى الملك مع التدبير بان يكون عبد في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انه عبده دبره فبينة ذي اليد أولى (ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا) أي في علم القاضي (أو اظهارا) أي في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع (لان قدر ما أثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك) ألا يرى أن من رأى شيأ في يد انسان جاز له أن يشهد بانه ملك له فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل وانما هي مؤكدة للملك الثابت باليد والتأكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات أصل الملك وأما بينة الخارج فمثبتة لاصل الملك فصح قولنا انها أكثر اثباتا وما هو أكثر اثباتا في البينة فهو أولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المصنف ههنا فان قيل بينة الخارج تزيل ما أثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بان البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيد بينة الخارج ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة ذي اليد مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتأسيس أولى من التأكيد كذا في العناية أقول بقي ههنا شيء وهو أن المتبادر من قولهم ان بينة الخارج أكثر اثباتا ومن قولهم ان بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق أن لذي اليد أيضا بينة وان من حقه اقامتها على الملك المطلق أيضا الا أن بينة الخارج أولى بالقبول من بينته لكونها أكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضي أن لا يكون لذي اليد بينة شرعية في

فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا يعني في علم القاضي أو اظهارا يعني في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما أثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك أو تظهره وما هو أكثر اثباتا في البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج تزيل ما أثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بانها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتأسيس أولى من التأكيد

(قوله لعدم زيادة يصير بها الخ) أقول يعني لعدم زيادة يصير بتلك الزيادة ذو اليد مدعيا (قوله أو اظهارا الخ) أقول لعل الاظهر أن أو للتخيير في التعبير (قوله لان قدر ما أثبته اليد الخ) أقول تعليل لقوله ان بينة الخارج أكثر اثباتا (قوله وما هو الى قوله لاجله فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع الى الموصول في قوله وما هو (قوله كما تقدم الخ) أقول في الورق السابق عند شرح قول المصنف واذا صحت الدعوى بشروطها

بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجح احداهما باليد فان قيل كان الواجب أن تكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير أجيب بأن بينة النتاج لا توجب الاولية (١٥٨) الملك وهما تساويا في ذلك ويترجح ذو اليد باليد فيقضى له (قوله وكذا على الاعتاق)

أي اليد لا تدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد (قوله وعلى الولاء الثابت بها) أي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير ومعناه أن البينتين في الاعتاق وأختيه تدلان على الولاء اذ الولاء حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده (قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين الخ) واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول وألزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعي لا يقضى عليه بل ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعى لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب أبي حنيفة أو مقرا ان كان

بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها قال (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه) وقال الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعى فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعى دليل الظهور فيصار اليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا أو مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب

الملك المطلق وأن لا يكون من حقه اقامتها على الملك المطلق أصلا لانه مدعى عليه محض وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر كما مر بيانه فالاظهر في الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من أن لنا قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر فانه عليه الصلاة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعى لان اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعى اسم لمن يدعى الشئ ولا دلالة معه ولهذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعى النبوة والخارج بهذه المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك انتهى (بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه) فكانت بينة ذي اليد كبينة الخارج مثبتة له لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احداهما باليد وكذا الحال في النكاح الا أن المصنف لم يذكره من بين أخواته اما نسيانا واما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره في النتاج (وكذا على الاعتاق وأختيه) أي وكذا اليد لا تدل على الاعتاق وأختيه وهما الاستيلاد والتدبير فاستوت البينتان في الاثبات في هذه الصور أيضا فترجحت احداهما باليد (وعلى الولاء الثابت بها) أي بهذه الاشياء الثلاثة وهي الاعتاق والاستيلاد والتدبير يعني أن اليد لا تدل على الولاء الثابت بها أيضا فاستوت البينتان في ذلك أيضا فترجحت احداهما باليد (قال) أي القدوري في مختصره (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول) أي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول (وألزمه ما ادعى عليه) أي وألزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى وفي بعض نسخ مختصر القدوري ولزمه بدل وألزمه أي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى (وقال الشافعي لا يقضى به) أي بالنكول (بل يرد اليمين على المدعى فاذا حلف) أي المدعى (يقضى به) أي يقضى له بما ادعاه وان نكل المدعى أيضا انقطعت المنازعة (لان النكول) تعليل لقوله لا يقضى به (يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة) أي عن اليمين الصادقة كما روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه انه نكل عن اليمين وقال أخاف أن يوافقها قضاء فيقال ان عثمان حلف كاذبا كذا ذكره الامام خواهر زاده في مبسوطه (واشتباه الحال) أي ويحتمل اشتباه الحال عليه بأن لا يدرى انه صادق في انكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع (فلا ينتصب) أي لا ينتصب نكول المدعى عليه (حجة مع الاحتمال) المذكور (ويمين المدعى دليل الظهور) أي دليل ظهور كون المدعى محقا (فيصار اليه) أي فيرجع الى يمين المدعى (ولنا أن النكول) أي نكول المدعى عليه (دل على كونه باذلا) أي دل على كون المدعى عليه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب أبي حنيفة (أو مقرا) أي على كونه مقرا ان كان النكول اقرارا كما هو مذهبهما (ولولا ذلك) أي ولولا كونه باذلا أو مقرا (لاقدم على اليمين اقامة للواجب) وهو اليمين لانها واجبة عليه لقوله

صلى

إقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر وكلمة على للوجوب

(قوله وهما قد استويا في ذلك) أقول يعني استويا في الولاء وقوله وهما راجع الى البينتين في قوله معناه ان البينتين في الاعتاق الخ

ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب أي جانب كونه باذلا ان ترفع أو مقرا ان تورع لان الترفع أو التورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فالقضاء بالنكول مخالفه وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهداله وبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعي فتعود اليمين الى جانب المدعي ولهذا بدأنا في اللعان بالايمان من جانب الزوج

لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان مدعيا وأجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما مايدل على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص الشيء بالذكر لايدل على نفي الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه روي اجماع الصحابة على ذلك ومارروي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك روي عن شريح أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له علي قالون وهو بلغة أهل الروم أصبت واذا ثبت الاجماع بطل القياس على أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز أن يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي لينكشف الحال لارد اليمين

ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب

صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر وكلمة على للوجوب (ودفعا للضرر عن نفسه) أي دفعا الضرر الدعوى عن نفسه (فترجح هذا الجانب) واعلم ان حل المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من مداحض هذا الكتاب ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح ههنا عن اختلال واضطراب فقال صاحب العناية فترجح هذا الجانب أي جانب كونه باذلا ان ترفع أو مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان توزيع كونه باذلا أو مقرا الى التورع والترفع مما لا يكاد يصح ههنا لان النكول عند أبي حنيفة بذل لا غير وعندهما اقرار لا غير فعلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان في هذا الجانب على الترفع والتورع معا في واحد من المذهبين بل انما يثبت رجحان كونه باذلا في مذهب أبي حنيفة على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا في مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شيء من المذهبين لان الترفع وحده أو التورع وحده يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة في دليل الشافعي وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مرادا للناكل حتى يتم المطلوب والحاصل أن في تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى وأما ثانيا فلانا لا نسلم أن التورع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما فيما نحن فيه انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير بل الظاهر أن التورع عنها واجب في كل حال واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فان ماذكره من الافضاء الى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى أقول هذا غير وارد فان الافضاء اليه في صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا لان كون المنكر كاذبا في يمينه انما يتصور فيما اذا كان للمدعي حق عليه في الواقع فحينئذ لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل أو الاقرار أفضى الى الضرر بالمدعي قطعا لتضييع حقه وهو ما ادعاه وكذا الافضاء اليه في صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بأدنى تأمل لان يمين المنكر حق المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه كما مر فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون رضا المدعي بالبذل ونحوه أفضى الى الضرر بالمدعي بمنع حقه وهو يمين خصمه وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية فترجح هذا الجانب أي جانب كونه باذلا أو مقرا على جانب التورع لان الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب في نكوله انتهى أقول وفيه أيضا بحث أما أولا فلان ماذكراه من الدليل انما أفاد رجحان هذا الجانب أي جانب كونه باذلا أو مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما ألزمه الشرع فلا ينبغي أن يلتزمه الناكل ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى قولهما على جانب التورع وان أريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والاقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع أيضا داخلا في ذلك الجانب يبقى أن يقال ماذكراه من الدليل انما أفاد رجحان جانب كونه باذلا أو مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو يحتمل واحدا من المحتملات

(قوله اذا لم يفض الى الضرر الخ) أقول فيه بحث فان ماذكره من الافضاء بالضرر الى الغير غير ظاهر (قوله واعترض بان الالزام الخ) أقول هذا الكلام لا يتوجه من طرف الشافعي اذ ليس في الآية دلالة على الالزام بيمين المدعي أيضا الا أن يكون الزاميا ويقال القضاء بالنكول زيادة على الكتاب وهي نسخ عندكم فليتأمل (قوله والاجماع يدل على جوازه) أقول الاجماع لا ينسخ ولا ينسخ به (قوله وهو بلغة أهل الروم أصبت) أقول بل معناه في لغتهم جيد

ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه قال (وينبغي للقاضي أن يقول له اني أعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه) وهذا الانذار لاعلامه بالحكم

المذكورة في دليل الخصم وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفا وأما ثانيا فلان ما ذكراه من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير منفهم منه فكيف يتم بناء شرح قول المصنف فترجح هذا الجانب عليه والفاء في فترجح تقتضي التفريع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب أي ترجح جانب كون الناكل باذلا أو مقرا على الوجه المحتمل وهو كونه متورعا أو نحوه وذلك لان النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه فلولا أن النكول بذل أو اقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعي والعاقل الدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل أن النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى أقول وفيه أيضا بحث أما أولا فلان قوله وظلما على المدعي ليس بتام اذ لا نسلم أن النكول لو لم يكن بذلا أو اقرارا لكان ظلما على المدعي لجواز أن يكون للترفع عن اليمين الصادقة فحينئذ لا يتحقق الظلم على المدعي لان صدق المدعى عليه في انكاره يستلزم كذب المدعي في دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم اللهم الا أن يقال يجوز أن يعد النكول ظلما على المدعي في صورة صدق المدعى عليه أيضا من جهة أن يمين المدعى عليه حق المدعي بموجب الحديث على ما مر وأن في النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالما على المدعي في الجملة وأما ثانيا فلان في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل أن النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا خللا حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين بل يحتاج الى خلطهما على ما بيناه في بحثنا الاول في كلام صاحب العناية فالصواب عندي في حل مراد المصنف ههنا أن يقال فترجح هذا الجانب أي جانب كون الناكل باذلا أو مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بناء على مقتضى ما سبق من قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك أن العاقل الدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشئ من تلك الوجوه المحتملة أما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضروري أصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس وأما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن عهدته فان لم يكن الناكل باذلا أو مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا وأما باشتباه الحال فلان من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضا بل يتحرى فيقدم على اقامة الواجب أو يعطي حق خصمه فيسقط عن عهدته الواجب فان لم يكن الناكل باذلا أو مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضا وبالجملة ان قول المصنف اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بأسرها فيترجح كون الناكل باذلا أو مقرا بالضرورة (ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه) أشار به الى قوله ولا ترد اليمين على المدعي لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر الخ ونحن أيضا قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي في رد اليمين على المدعي وأجوبتنا عنه نقلا عن الكافي والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر (قال) أي القدوري في مختصره (وينبغي للقاضي أن يقول له) أي للمدعى عليه (اني أعرض عليك اليمين ثلاثا) أي ثلاث مرات (فان حلفت) أي ان حلفت خلصت أو تركتك (والا قضيت عليك بما ادعاه) أي بما ادعاه المدعي قال المصنف (وهذا الانذار) أي قول القاضي والا قضيت عليك بما ادعاه (لاعلامه بالحكم) أي الحكم

فان رد اليمين لا وجه له لما قدمناه في قوله ولا ترد اليمين على المدعي (قال وينبغي للقاضي أن يقول له الخ) وينبغي للقاضي أن يقول للمدعى عليه اني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه لان الانذار لاعلامه بالحكم

اذهو موضع الخفاء قال (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهـذا التكرار ذكره الخصاف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء العذر فأما المـذهب أنه لوقضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول أولى

بالنكول (اذهو موضع الخفاء) لكونه مجتهـدا فيـه فان للشافعى خلافا فيه فيجوز أن يلتبس عليـه مايلزمه بالنكول فوجب أن يعرفـه حتى يحلف أو ينكل كذا فى الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) قال المصنف (وهـذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغـة فى ابلاء الاعذار) أى فى اظهارها يعنى أن هذا التكرار الذى ذكره الخصاف للاستحباب لا لانه شرط لجواز القضاء بالنكول ونظـيره امهال المرتد ثلاثة أيام فانه مسـتحب لا واجب وأوضح هـذا بقوله (فاما المذهب فانه لوقضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) من أن النكول بذل أو اقرار وليس التكرار بشرط فى شئ منهما (هو الصحيح) احترازعن قول بعضهم انه لو قضى بالنكول مرة واحـدة لا ينفـذ كذا فى أكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافى والتقـدير بالثلاث فى عرض اليمين لازم فى المروى عن أبى يوسف ومحمد رحمهـما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لوقضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه فى الصحيح انتهى وقال صاحب غاية البيان احترازعن قول الخصاف فانه يشـترط التكرار انتهى أقول هذا ليس بشرط صحيح فان المصنف بعد ماصرح بأن الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء الاعذار كـيف يزعم أنه اشترط التكرار فيحترز عن قوله (والاول أولى) أى العرض ثلاث مرات أولى يعنى أن القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الاولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات وفى النهاية وذكر فى فتاوى قاضيخان صورة المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القاضى فادعى عليه مالا أو ضيعة فى يده أو حقا من الحقوق فانكر فاستحلفه القاضى فأبى أن يحلف فانه ينبغى للقاضى أن يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا ألزمتك المدعى ثم يقول له القاضى احلف بالله مالهذا عليك هـذا المال الذى يدعى وهو كذا وكذا ولا شئ منـه فان أبى أن يحلف بالله فى المرة الاولى يقول له فى المرة الثانية كذلك فان ابى أن يحلف فى المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا احلف بالله مالهذا عليك هـذا المال ولا شئ منـه فان أبى أن يحلف يقضى عليـه بدعوى المـدعى وان قضى القاضى بالنكول فى المرة الاولى نفذ قضاؤه انتهى قال صاحب الكافى ولابد أن يكون النكول فى مجلس القضاء وهل يشـترط القضاء على فور النـكول فيـه اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعى فى شرح الكنز ولابد من أن يكون النكول فى مجلس القاضى لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عنـد غيره فى حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا أنه ليس له أن يخاصمه مالم يقم البينة على وفق دعواه فان وجـد بينة أقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعى بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعى بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهـذا القول مهجورغير مأخوذ به وليس بشئ أصـلا لان عمر رضى الله عنه قبل البينة من المدعى بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينـة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهـد الزور ولا يحنث فى يمينه ان كان لفلان

اذهو موضع الخفاء لعـدم دلالة نص على ذلك فيجوزأن يلتبس عليـه مايلزمه بالنكول وهـذا أولى من قولهم لكونه مجتهـدا فيـه فان للشافعى خـلافا فيه لما مر غـير مرة ثم العرض ثلاث مرات أولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول بل المـذهب فيـه أنه لوقضى به بعـد مرة جاز لما قـدمنا أن النكول بذل أو اقـرار وليس التكرار بشرط فى شئ منهما والخصاف ذكـره لزيادة الاحتيـاط والمبالغة فى ابلاء الاعذار فصاركامهال المرتد ثلاثة أيام فانه أولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح (وقوله هو الصحيح) احتراز عما قيـل لوقضى بالنكول مرة واحدة لا ينفـذ لانه أضعف من البذل والاقرار فيشـترط فيـه التكرار وصـورة ذلك أن يقـول القاضى احلف بالله مالهذا عليك مايدعيـه وهو كذا وكذا ولا شئ منـه فان نكل يقـول له ذلك ثانيـا فان نكل يقـول له بقيت الثالثـة ثم أقضى عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نـكل قضى عليـه بدعـوى المدعى

(قوله فان للشافعى خلافا فيه لما مر) أقول فان زمان الشافعى متأخر ولا وجـه لكون كلام أبى حنيفة مبنيا عليـه وانما قال أولى دون الصواب لان مبنى قول أبى حنيفة كون الحكم بالنكول محل الاجتهاد دون خلاف الشافعى وخلاف الشافعى يسـتدل به على أنه محـل الاجتهاد فقوله مجتهد فيه معناه أنه يمكـن الاجتهاد فيه فليتأمل (قوله ليس بشرط لجواز القضاء الخ) أقول قوله لجواز القضاء متعلق بقوله بشرط (قوله وليس التكرار بشرط فى شئ منهما) أقول يعنى من البذل والاقرار (قوله وصورة ذلك) أقول أى صورة العرض ثلاث مرات

ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بأن يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح قال (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر) عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان

على ألف درهم فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعى البينة أن له عليه ألفا وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر الى ههنا كلامه (ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بأن يسكت وحكمه) أي حكم الثاني وهو الحكمي (حكم الاول) وهو الحقيقي (اذا علم أنه لا آفة به) أي بالمدعى عليه (من طرش) الطرش بفتحتين أهون الصمم يقال هو مولد (أو خرس) بفتحتين أيضا آفة باللسان تمنع الكلام أصلا (هو الصحيح) اختلفت الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا أحلف فقال بعض أصحابنا اذا سكت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول الصحيح كذا في غاية البيان نقلا عن شرح الاقطع (قال) أي القدوري في مختصره (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة ولا يستحلف عنده) يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر (في النكاح) أي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بان ادعى رجل على امرأة انه تزوجها أو بالعكس (والرجعة) أي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة أيضا بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس (والفيء في الايلاء) أي في دعوى الفيء بالايلاء أيضا بان ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء أنه كان فاء اليها في المدة وأنكرت أو بالعكس (والرق) أي وفي دعوى الرق أيضا بان ادعى على مجهول النسب أنه عبده وأنكر المجهول أو بالعكس (والاستيلاد) أي وفي دعوى الاستيلاد أيضا بان ادعت أمة على مولاها أنها ولدت منه ولدا وأنكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المصنف (والنسب) أي وفي دعوى النسب أيضا بان ادعى على مجهول أنه ولده أو والده وأنكر المجهول أو بالعكس (والولاء) أي وفي دعوى الولاء أيضا بان ادعى على مجهول النسب انه معتقه ومولاه وأنكر المجهول أو بالعكس أو كان ذلك في ولاء الموالاة اذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة (والحدود) أي وفي دعوى الحدود أيضا بان ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود وأنكره الآخر (واللعان) أي وفي دعوى اللعان أيضا بان ادعت على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج واعلم أن هذه الاشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري ههنا الا اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وقال أبو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان) فتقرر أنه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعا وانما اختلافهم في الاشياء السبعة الباقية وفي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير والفتوى على قولهما وقيل ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه أخذا بقوله انتهى وفي النهاية هذا كله اذا لم يكن المقصود مالا وان كان المقصود دعوى مال بان ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وأنكر يستحلف في قولهم فان نكل يقضى عليه بنصف المهر على ما يجيء بعد هذا في الكتاب وسئل

(قال واذا كان الدعوى نكاحا الخ) ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت أو بالعكس أو ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس أو ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء أنه فاء اليها في المدة وأنكرت أو بالعكس أو ادعى على مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك أو اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة أو الموالاة أو ادعى على رجل أنه ولده أو والده أو ادعت على مولاها أنها ولدت منه وهذا لا يتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها أو ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج أو ادعى على رجل ما يوجب الحد وأنكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند أبي حنيفة وقالا يستحلف في ذلك كله واذا نكل يقضى بالنكول الا في الحدود واللعان

(قوله الا في الحدود الخ) أقول استثناء من قوله وقالا يستحلف (قال المصنف ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان الخ) أقول قال الزيلعي قال القاضي الامام فخر الدين الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الاشياء الستة يعني في هذه التي عدها سوى الحدود واللعان انتهى انما قال في الاشياء الستة نظرا الى اتحاد النسب والاستيلاد (قال المصنف يستحلف في ذلك كله الخ) أقول قال في النهاية لا يستحلف في الحدود بالاجماع الا اذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا فقال ان زنيت فأنت حر فادعى العبد أنه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق لا الزنى انتهى ينبغي أن يقول العبد في دعواه انه قد أتى بما علق عليه عتق ولا يقول انه قد زنى كي لا يصير قاذفا مولاه

الشيخ

وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما أن النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب فكان اقرارا أو بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد

الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المرأة اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لاثبات النكاح والزوج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة أبدا الدهر قال يستحلفه القاضي ان كانت هذه امرأتك فهي طالق حتى يقع الطلاق ان كانت امرأته فتتخلص منه وتحل للازواج وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي في باب اليمين أن الفقيه أبا الليث أخذ بقوله في هذه المسئلة وهكذا في الواقعات أيضا وكيفية الاستحلاف عندهما أن يحلف على الحاصل ان كانت المرأة هي المدعية بالله ماهذه امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج هو المدعي تحلف بالله ماهذا زوجك على ما ادعى والمتأخرون من مشايخنا على أنه ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبي حنيفة وهو كما اختاره شمس الائمة في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه ان القاضي ان علم بالمدعي التعنت في اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم وان علم بالموكل القصد الى الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك الا برضا الخصم حتى يكون دافعا للضرر من الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبي وفي الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي الى هنا لفظ النهاية (وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها) وانما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين أخواته تنبيها على أنه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة الا من جانب واحد بخلاف اخواته الخلافية فان للدعوى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر (لهما) أي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار) أي في انكاره السابق (على ما قدمناه) يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وفيه تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث كذا في العناية وغيرها (فكان) أي النكول (اقرارا أو بدلا عنه) بفتح الدال أي خلفا عن الاقرار يعني أنه قائم مقام الاقرار أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة تحرير المصنف ههنا حيث عين أولا كون النكول اقرارا ثم فرع على دليله كونه اقرارا أو بدلا عنه بالترديد ولا يدفعها ما ذكر في النهاية والكفاية من أنه جاز أن يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالاقرار انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد أولا أيضا أو بالاكتفاء بذكر كونه بدلا عنه في الموضعين معا بل كان هذا أي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه (والاقرار يجري في هذه الاشياء) هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة تقريره ان النكول اقرار والاقرار يجري في هذه الاشياء ينتج أن النكول يجري في هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها أيضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف (لكنه) أي لكن النكول (اقرار فيه شبهة) لانه في نفسه سكوت (والحدود تندرئ بالشبهات) فلا يجري النكول فيها (واللعان في معنى الحد) لانه قائم مقام

اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيه تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث والاقرار يجري في هذه الاشياء فيعمل بالنكول فيها الا أنه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجري فيه أيضا وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف

(قال المصنف وصورة الاستيلاد أن يقول الخ) أقول يفهم من تصوير الاستيلاد فيما ذكره أن لا يصح عكسه فلذلك قال لانه لو ادعى المولى الخ (قوله واللعان في معنى الحد) أقول قوله واللعان مبتدأ وقوله في معنى الحد خبره (قوله وعليه نقوض اجمالية) أقول بل الظاهر أن تلك الاسولة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودربة

ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله فى المرة الاولى كما لو أقر فى تلك المرة الثانى الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب فى المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ماذكره فى المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضى به والجواب أن النكول اما اقرار أو بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار أو الانكار فان أقر فقد انقطعت وان أنكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى

حد القذف فى حق الزوج حتى ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبى اذا قذف الاجنبيات فكذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا فى حق المرأة كما تقرر فى باب اللعان فلا يجرى النكول فيه أيضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ماذكره فى الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقى ثم وجد به عيبا فخاصمه فى النصف الاول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه فى النصف الثانى وأنكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله فى المرة الأولى كما لو أقر فى تلك المرة الثانى الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب فى المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ماذكره فى المبسوط أن الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا وأنكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضى به والجواب أن النكول اما اقرار أو بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا أن المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار والانكار فان أقر فقد انقطعت وان أنكر لم تنقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى الى ههنا كلامه أقول ماذكره فى الجواب منظور فيه من وجوه الاول أن الظاهر من قوله فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا كيت وكيت أن ما تقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون وجه كونه بدلا منه مع أنه صالح لهما ولهذا فرعهما المصنف عليه حيث قال فكان اقرارا أو بدلا عنه الثانى أن الوجه الذى ذكره لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة لجواز أن يكون بدلا كما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بدلا أيضا ولجواز أن يكون نفس الاقرار بدلا عنه فحينئذ أيضا لا يتم التقريب الثالث ان الاقرار اذا كان مخالفا فى الاحكام لما هو بدل عنه كما هو فى صور النقوض المذكورة فمن أين يعرف جريان بدل الاقرار أيضا فى الاشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور فى الكتاب الرابع ان قوله ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى انما يتم لو كان المذكور فى دليلهما المسفور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا أو بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يحتج فى دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شئ أصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان لبعض الفضلاء كلامين فى تحرير صاحب العناية ههنا أحدهما فى جانب السؤال والآخر فى جانب الجواب أما الاول ففى قوله وعليه نقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر أن تلك الاسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودراية انتهى وأما الثانى ففى قوله ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى حيث قال بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف انتهى أقول كل واحد منهما ساقط أما الاول فلان كون تلك الاسئلة معارضات مما لا يكاد يحسن لان حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا فى صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين وهو صريح نقض اجمالى ولا لطف للحمل على المعارضة فى شئ منها لان المدعى ههنا هو كون النكول اقرارا كلى وما ذكر فى كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعى بالكلية وانما غر ذلك البعض قول السائل فى ذيل كل واحد من تلك الاسولة ولو كان النكول اقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر والحال أن المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى وأما الثانى فلان مراد صاحب العناية بالمدعى ههنا

(قوله ولو كان النكول اقرارا لقضى به) أقول قال الزيلعى لو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء انتهى والحال أنه ليس كذلك فانه لا يجوز الا فى مجلس القاضى وقضائه فافهم ولعل الجواب هو الجواب وأيضا الذى جعله اقرارا هو النكول عن اليمين الواجبة ووجوبها انما هو فى مجلس القضاء فليتأمل (قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار) أقول أى خلفا عنه فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة يعنى أنه خلف ضرورى لا مطلق (قوله بقطع الخصومة) أقول الظاهر أن يقول يقطع الخصومة (قوله ومثل هذا يسمى فى علم النظر تغيير المدعى) أقول بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف

قوله ما

ولابى حنيفة أن النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع مايدعيه الخصم لان اليمين لاتبقى واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو امابذل أو اقرار لحصول المقصود به لكن انزاله باذلا أولى كى لا يصير كاذبا فى الانكار السابق والبذل لايجرى فى هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا أنا حر وهذا الرجل يؤذينى فدفعت اليه نفسى أن يسترقنى أو قال أنا ابن فلان ولكن أبحت لهذا أن يدعى نسبى أو قالت أنا لست بامرأته لكن دفعت اليه نفسى وأبحت له الامساك لايصح وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيأ آخر اذا استحق ماادى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لايضمن شيأ ولكن المدعى يرجع الى

الدعوى الثانى لو كان بذلا كان ايجابا فى الذمة ابتداء وهو لايصح الثالث أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لايجب به الحكم فلم يكن النكول بذلا الرابع أن العبد المأذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان بذله باطل الخامس يقضى بالقصاص فى الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان البذل لايعمل فيها والجواب عن الاول أن بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعى يقول أنا آخذ هذا بازاء ما وجب لى فى ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما فى الذمة وعن الثانى بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما فى الحوالات وسائر المداينات وعن الثالث بان الحكم لايجب بالبذل الصريح وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لانسلم عدم صحة البذل من المأذون بما دخل تحت الاذن كاهداء المأكول والاعارة

ولابى حنيفة رحمه الله تعالى أنه بذل لان معه لاتبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا أولى كى لا يصير كاذبا فى الانكار والبذل لايجرى فى هذه الاشياء

قولهما ان النكول اقرار المستدل عليه فى كلام المصنف بقوله لانه يدل على كونه كاذبا فى الانكار على ماقدمناه فاذا صير فى الجواب عن النقوض المذكورة الى كون النكول بذلا عن الاقرار لانفس الاقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل بالنظر الى أصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لاينافى كونه مدعى بالنظر الى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل والعجب من ذلك القائل أنه جعل الاسولة المذكورة معارضات والمعارضة اقامة الدليل على خلاف مدعى الخصم وهذا لايتصور الا بان يكون المدعى ههنا قولهما ان النكول اقرار اذ لامساس لتلك الاسولة بأصل المسئلة كما لايخفى (ولابى حنيفة أنه) أى النكول (بذل) وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فأنكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لاتصح كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (لان معه) أى مع البذل (لاتبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به) أى لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثا على ترك الاقدام على اليمين هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بذلا وأما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه اقرارا فهى ما أشار اليه بقوله (وانزاله باذلا أولى) أى من انزاله مقرا (كى لا يصير كاذبا فى الانكار) أى فى انكاره السابق يعنى لو حملناه على الاقرار لكذبناه فى انكاره السابق ولو جعلناه بذلا قطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب قيل عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيأ آخر اذا استحق ماأدى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لايضمن شيأ ولكن المدعى يرجع الى الدعوى وأجيب عنه بان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى وأما ههنا فالمدعى يقول أنا آخذ هذا بازاء ما وجب لى فى ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما فى الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لايجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا وأجيب عنه بان الحكم لايجب بالبذل الصريح وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لايجب به بل هو موجب له قطعا للمنازعة وقيل عليه يقضى بالقصاص فى الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى به لان البذل لايعمل فيها وأجيب عنه بانا لانسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو أن يقول اقطع يدى وبها آكلة حيث لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين هذه خلاصة ما فى الشروح ههنا من الاسولة والاجوبة (والبذل لايجرى فى هذه الاشياء) فانه لو قالت مثلا لانكاح بينى وبينك ولكنى بذلت لك نفسى لم يصح بذلها وكذا لو قال

(قوله وما كان كذلك فهو امابذل أو اقرار الخ) أقول تقريره لايطابق المشروح (قوله اذا استحق ما أدى بقضاء الخ) أقول كما اذا أدى من الدراهم المودعة (قوله الثانى لو كان بذلا لكان ايجابا الخ) أقول الملازمة ممنوعة ان أريد كان ايجابا من الناكل وان أريد فى زعم المدعى فليس بزعمه ابتداء والجواب أن المراد هو الاول ولو لم يوجب لم يحكم القاضى به فتأمل فلا ينتقض بالنذر اذ لايحكم فيه القاضى (قوله بل هو صحيح كما فى الحوالة) أقول لم يذكر الكفالة لانا لانسلم انها ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة لا الدين فتأمل (قوله وسائر المداينات) أقول وفيه تأمل فان قيد ابتداء يدفعه نعم فى الصلح عن انكار ذلك

والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لانسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا فهو أن يقول اقطع يدى وبها آكلة لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال أبو حنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من أنكر بالرأى وهو لا يجوز لان أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود (قوله وفائدة الاستحلاف) يعنى أن البذل فى هذه الاشياء لا يجرى ففات فائدة الاستحلاف لان فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجرى فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة وقوله (الا أن هذا بذل) جواب سؤال تقريره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفا انهما يملكان ما لا بد له من التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك وقوله (وصحته فى الدين) جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى فى الدين لانه وصف فى الذمة والبذل لا يجرى فيها ووجه ذلك أن البذل فى الدين ان لم يصح فاما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع فان كان الاول فلا مانع ثمة لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثانى فالمراد به ههنا أى فى الدين ترك المنع وجاز له أن يترك المنع فان قيل فهلا جعل فى الاشياء السبعة أيضا تركا للمنع حتى يجرى فيها أجيب بان أمر المال هين تجرى فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان أمرها ليس بهين حيث لا تجرى فيها الاباحة وجعله ههنا ترك المنع وفى قوله الا أن هذا بذل لدفع الخصومة ان غير الترك وفى ذلك تسامح فى العبارة والذى ذكرناه فى مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله أولى

وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته فى الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين

أنا حر الاصل ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فبذلت له نفسى ليسترقنى أو قال أنا ابن فلان ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فأبحت له أن يدعى نسبى لم يصح بذله بخلاف الاموال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكنى أبحته وبذلته له لاتخلص من خصومته صح بذله (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) ولما لم يجز البذل فى هذه الاشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذى هو البذل (فلا يستحلف) فيها لعدم الفائدة قال صاحب الكافى فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى وقال صاحب العناية لا يقال أبو حنيفة رحمه الله ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر بالرأى وهو لا يجوز لان أبا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء وأجاب العلامة الكاكى بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ولم يذكره الشارح يعنى العناية لان المخصص يجب أن يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى أقول مدار كلامه على ما فهمه من أن يكون مراد العلامة الكاكى أن تخصيص الحدود من الحديث هو اجماع الامة والظاهر أن مراده بالاجماع اتفاق الائمة فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه ولا ينافى هذا كون المخصص نصا ومقارنا على أن قاعدة الاصول هى أنه اذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ويؤيد كون مراده بالاجماع اتفاق الائمة فى كون الحديث مخصوصا ان الجواب الذى ذكره وقع فى الكافى والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع فتأمل (الا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة) هذا جواب سؤال مقدر وهو أن النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لما أن فى البذل معنى التبرع وهما لا يملكانه فأجاب بانهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما فى الضيافة اليسيرة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك كذا فى عامة الشروح أقول للمانع أن يمنع كون بذلهما من جملة ذلك اذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بان أقدما على اليمين ان كانا صادقين فى انكارهما وبان أقرا ان كان المدعى هو الصادق فليتأمل (وصحته) أى صحة البذل (فى الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين) هذا أيضا جواب سؤال مقدر وهو

(قوله لان أبا حنيفة الخ) أقول هذا جواب لقوله لا يقال أبو حنيفة ترك الحديث المشهور الخ وأجاب العلامة الكاكى بأنه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ولم يذكره الشارح لان المخصص يجب أن يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك وفيه تأمل (قوله والبذل لا يجرى فيها) أقول أى فى الاوصاف (قوله ووجه ذلك أن البذل فى الدين الخ) أقول لم يخرج الجواب الصريح عن السؤال على ما قرره

قال (ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به

أن النكول لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ الدين وصف في الذمة والبذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف فأجاب بان معنى البذل ههنا ترك المنع فكان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وترك المنع جائز في الاموال لان أمر المال هين حيث تجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فانه لا تجري فيها الاباحة كذا في الشروح وسائر المعتبرات حتى ان صاحب الكافي أتى بصريح السؤال والجواب حيث قال فان قيل لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف والدين وصف في الذمة قلنا البذل ههنا ترك المنع كان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وأمر المال هين بخلاف النكاح ونحوه انتهى وأقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة بعد التأمل الصادق أن الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وان تلقته الثقات بالقبول لان الدين لما كان وصفا ثابتا في الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلا للاخذ والاعطاء وان ترك المنع انما يتصور في الاموال المتحققة في الاعيان لا في الاوصاف الثابتة في الذمم لان ترك المنع فرع جواز الاخذ فما لم يكن قابلا للاخذ لم يتصور فيه ترك المنع فلم يكن الذي يأخذه المدعي من المدعى عليه بناء على زعمه أنه حق نفسه الدين بل كان العين وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منعه أخذ الدين بل كان أخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين فالجواب المذكور لا يدفعه والحق عندي في الجواب أن يقال معنى البذل في الدين احداث مثله في ذمة المدعي باعطاء عين يماثل معياره معيار الدين المدعي وحصول المقاصة به من الطرفين كما أن معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها على ما حقق في موضعه فاذا قال المدعي مثلا لي عليه عشرة دراهم كان معناه حصل لي في ذمته وصف معياره عشرة دراهم فالذي يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين اعطاء عين يماثل معياره معيار ما ادعاه المدعي من الدين وهو عشرة دراهم فالمبذول حقيقة هو العين الذي يعطى لا الدين نفسه وان كان المدعى دينا (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ويستحلف السارق) يريد به أنه اذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات ألا يرى أنه يثبت بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فجاز أن يثبت بالنكول الذي هو بذل أو اقرار فيه شبهة والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول فلهذا لا تجري اليمين في الحدود وعن محمد أنه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال أريد القطع فالقاضي يقول له ان الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين وان قال أريد المال فالقاضي يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال كذا في النهاية نقلا عن الامام المرغيناني والمحبوبي قال المصنف (فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله) أي بفعل السارق وهو السرقة (شيئان الضمان) أي أحدهما ضمان المال (ويعمل فيه النكول والقطع) أي وثانيهما قطع اليد (ولا يثبت به) أي لا يثبت القطع بالنكول وقال صاحب العناية يريد المصنف بفعله في قوله لان المنوط بفعله شيئان النكول ثم قال ويجوز أن يراد به فعل السرقة أقول الثاني هو الصحيح والاول فاسد لان المصنف صرح بان القطع لا يثبت بالنكول فحينئذ لا يناط القطع بالنكول قطعا فكيف يصح أن يحمل الفعل في قوله لان المنوط بفعله شيئان على النكول وأحد الشيئين هو القطع ثم أقول بقي في كلام المصنف شيء وهو أن التعليل الذي ذكره بقوله لان المنوط بفعله شيئان الى آخره لا يفيد شيئا يعتد به اذ ليس فيه بيان لمة المدعى ههنا بل هو مجرد تفصيل لما قبله فان قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله فان نكل ضمن من غير اشارة الى علة كون النكول عاملا فيه وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير اشارة الى علة عدم ثبوت القطع به فبقي المدعى

قال (ويستحلف السارق الخ) اذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز أن يثبت بالنكول وعن محمد أنه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال أريد القطع يقول القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال قال المصنف (فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله) يريد به النكول (شيئان الضمان ويعمل النكول فيه والقطع فلا يثبت به

(قوله يريد به النكول فيه) أقول فيه بحث (قوله والقطع ولا يثبت به) أقول فيه شبهة التناقض والاصوب تفسير فعله بفعل السرقة

فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز أن يراد بقوله بفعله فعل السرقة (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال) فان قلت هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة

فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا) لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح

غير معلوم الجهة والاوجه في التعليل ما ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال لان موجب فعله شيآن الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى وكذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه في السرقة يدعي المال والحد وايجاب الحد لا تجامعه الشبهة وايجاب المال تجامعه الشبهة فيثبت به انتهى تبصر تقف (فصار) أى صار حكم هذه المسئلة (كما اذا شهد عليها) أى على السرقة (رجل وامرأتان) فانه يثبت هنالك المال دون القطع فكذا ههنا وصار كما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فانه يسقط بالرجوع الحد وهو القطع ويثبت المال بالاقرار ولا يسقط بالرجوع (قال) أى محمد رحمه الله في الجامع الصغير (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال) وفائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون الدعوى في كل المهر أو نصفه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى وأجاب عنه بعضهم بانه لو أطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى قال المصنف (وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق) أى وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق (لان ذلك دعوى المال) أى المقصود من ذلك دعوى المال (ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لان المال يجري فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله لان النكاح لا يجري فيه البذل قال بعض الفضلاء فان قيل يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم بدون اللازم قلنا يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لا مطلقا على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى أقول كل واحد من أصل جوابه وعلاوته مختل أما الاول فلانه لو جاز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لجاز البذل في النكاح في الجملة أى في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط وأما الثاني فلأن المهر وان لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة التي نحن فيها أن النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال ثم أقول في الجواب عن سؤاله ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه وأما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لان معنى ثبوته عنده ظهوره له اذ قد مر أن الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز أن تقوم الحجة على الاول دون الثاني كما فيما نحن فيه فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت وقس على هذا أحوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب

قلت هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون في كل المهر أو نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك (وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) فان قلت وجب أن يثبت النكاح أيضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم

(قوله وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك الخ) أقول فيه بحث فانه لو أطلق ربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته بل ولكماله أيضا فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولى فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى لكن بقي في قولنا بل ولكماله بحث فتأمل (قوله وكذا في النكاح الى قوله ولا يثبت النكاح) أقول فان قيل يلزم على هذا أن يتحقق اللازم بدون الملزوم قلنا يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقا على أن فان المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق (قوله قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم) أقول فينبغي أن يثبت النكاح عندهما

(وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث) بان ادعى رجل على رجل أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضي بالمال والنفقة دون النسب (و) كذا اذا ادعى (الحجر في اللقيط) بأن كان صبيا لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت أخوته

وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق

فان ما ذكرناه مخلص في الجميع قال المصنف (وكذا في النسب) أي وكذا يستحلف في النسب بالاجماع (اذا ادعى حقا) أي اذا ادعى مع النسب حقا آخر (كالارث) بان ادعى رجل على رجل انه أخ المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه فانه يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب (والحجر في اللقيط) بان ادعت امرأة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه أنه أخوها وانها أولى بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها دون النسب (والنفقة) بأن ادعى زمن على موسر أنه أخوه وأن نفقته عليه فأنكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان نكل يقضى بالنفقة دون النسب (وامتناع الرجوع في الهبة) بان أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب (لان المقصود هذه الحقوق) دليل للمجموع يعني أن المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق أي دون النسب المجرد ثم ان صاحب العناية بعد ما فسر قول المصنف لان المقصود هذه الحقوق بقوله أي دون النسب المجرد قال في تعليله فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى أقول فيه نظر لان تحميل النسب على الغير لا يلزم في المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها وأما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة فلا والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا ألا يرى أن المدعى في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه أنت أبي فان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط اذا قالت ان الصبي ابنها فان المسئلة بحالها أيضا وكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة كلية المدعى وقال بعض الفضلاء الاظهر أن يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره فان البذل لا يجري فيه كما قال آنفا في صورة دعوى النكاح انتهى أقول وفيه أيضا نظر فان المعلل ههنا أن لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لان الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها أيضا اقامة البينة واقرار الخصم والبذل انما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح أن يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فان المعلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البذل في النكاح يفيده قطعا الا يقال التعليل الصحيح هنا أن يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعى فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحدة من تلك المسائل ادعاء المدعى معه حقا آخر كما ينادي عليه قول المصنف وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث الخ لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما يثبت بالاقرار كالبنوة ونحوها فان دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة فلو كان مقصود المدعى فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقا آخر وأما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فلا لان دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على أن يدعي المدعي مع النسب حقا آخر نفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز أن يكون مقصود

حرة تريد قصر يد الملتقط لحق حضانتها وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم أراد الرجوع فيها فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع استحلف الواهب فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت الاخوة قوله لان المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع أي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز

(قوله فانه يستحلفه على النسب) أقول فيه بحث بل يستحلف على الحاصل عند أبي حنيفة فيستحلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعيه حق نص عليه الاتقاني نقلا عن خواهر زاده جوابه أن كلام الشارح مبني على ما يجيء من أن السبب اذا كان لا يرتفع برافع يحلف على السبب بالاجماع (قوله فادعت اخوته حرة) أقول أو ادعى ذلك حر (قوله فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز) أقول الأظهر أن يقول بدله فان البذل لا يجري فيه كما قاله آنفا

في صورة دعوى النكاح فان ما ذكره من التعليل فيه قصور لان المدعى في صورة دعوى النفقة وامتناع الرجوع في الهبة اذا قال للمدعى عليه أنت أبي مثلا فان المسئلة بحالها وليس فيه تحميل النسب وأما مذهب الامامين في نفي الاستحلاف اذا ادعى المدعى الاخوة فيفهم بتعليله من قوله وانما يستحلف الخ فافهم

النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير وأما المولى والزوج فان دعواهما تصح من الرجل والمرأة اذليس فيه تحميل على أحد فيستحلف وهذا بناء على أن النكول بدل من الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد الخ) ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده وليس للمدعى بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس أو فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر أو يحلف عند أبي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال

وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف) بالاجماع (ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا

المدعى في هذه الصورة النسب المجرد ويدعى مع النسب حقا آخر لمجرد التوسل به الى مقصوده وهو النسب المجرد والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا كما بيناه من قبل فكان هذا التعليل أيضا قاصرا عن افادة كلية المدعى وبالجملة لم يظهر لقول المصنف لان المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في أن صاحب الكافي لم يذكر قول المصنف هذا أصلا مع أن عادته اقتفاء أثر المصنف في أمثاله وأن أكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية (وانما يستحلف في المجرد) قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفا (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (اذا كان يثبت باقراره) أي اذا كان يثبت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار فكل نسب لو أقر به المدعى عليه ثبت يثبت بالنكول أيضا (كالاب والابن في حق الرجل) فانه اذا أقر بالاب والابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره (والاب في حق المرأة) فانها اذا أقرت بالاب يصح اقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها وأما لو أقرت بالابن فلا يصح اقرارها ولا يثبت نسبه منها (لان في دعواها الابن) أي في ادعائها الابن أي في اقرارها به كذا في النهاية وغاية البيان تأمل (تحميل النسب على الغير) وهو لا يجوز (والمولى) أي وكالولى يعني السيد (والزوج في حقهما) أي في حق الرجل والمرأة وهذا القيد أعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا فان اقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المصنف ههنا ان اقرار الرجل يصح بأربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار المرأة يصح بثلاثة بالاب والمولى والزوج ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان أصل المسئلة في محلها أن اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المرأة يصح بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد لما مر فكان المصنف اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهور واشتراكهما في الحكم المذكور قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الاصل في هذا الباب أن المدعى قبله النسب اذا أنكر هل يستحلف ان كان بحيث لو أقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بدلا أو اقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو أقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو أقر لزمه ما أقر به فاذا أنكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسائل الباب انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده) وليس للمدعى بينة (استحلف) المدعى عليه (بالاجماع) سواء كانت الدعوى في النفس بها او فيما دونها وهذه المسئلة مذكورة في الجامع الصغير أيضا في كتاب القضاء (ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا) أي الحكم المذكور (عند أبي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما) أي في النفس وفيما دونها (لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما) لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا كذا في الكافي (فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا) أي خاصة

(قوله ولهذا) أقول أي لعدم الجواز (قال المصنف لان في دعواها) أقول في النهاية أي في اقرارها انتهى وفيه كلام (قوله فان دعواهما الخ) أقول فيه ركاكة ظاهرة وتندفع باعادة الضمير الى الولاية والزوجية في ضمن المولى والزوج كما في قوله تعالى اعدلوا هو أقرب للتقوى

اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا أقر بالخطا والولى يدعى العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطأ وأما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فانه لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطأ فلا يجب شئ ولا تفاوت فى هذا المعنى بين النفس ومادونها فان قيل من أين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة أجيب بان المال ثمة أصل و يتعدى الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقى الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو أن يكون مشروعا بطريق المنة للخصمين للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد فى صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطا ولابى حنيفة أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجرى فيها البذل الاترى أنه لو قال اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك الا من حيث اعمال البذل بخلاف الانفس حيث لا يجرى فيها البذل فانه لو قال اقتلنى فقتله يؤخذ بالقصاص فى رواية وبالدية فى أخرى فان قيل لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لجاز قطع يده من غير اثم اذا قال اقطع يدى كما يباح له أخذ ماله اذا قال خذ مالى أجاب بقوله الا أنه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للآكلة وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله ومانحن فيه من البذل أى الذى بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه مناقض لما قال فى السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثانى ان الخصومة تندفع بالارش

اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا أقر بالخطا والولى يدعى العمد ولابى حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجرى فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا أنه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع

(اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) أى من جهة من عليه القصاص وقيد امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه القصاص لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال أيضا كما اذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شئ كذا فى الشروح ونظير هذا ما أشار اليه المصنف بقوله (كما اذا أقر بالخطا والولى يدعى العمد) فانه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب فيه شئ (ولابى حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال) لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال (فيجرى فيها البذل) كما يجرى فى الاموال (بخلاف الانفس) حيث لا يجرى فيها البذل (فانه لو قال اقطع يدى) أى لو قال لآخر اقطع يدى (فقطعها لا يجب الضمان) أى على القاطع (وهذا) أى عدم وجوب الضمان (اعمال للبذل) فى الاطراف وأما لو قال اقتلنى فقتله فانه يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى أخرى وهذا دليل على عدم جريان البذل فى الانفس ولما استشعر أن يقال لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لكان ينبغى أن يباح قطع يده اذا قال اقطع يدى كما يباح أخذ ماله اذا قال خذ مالى أجاب عنه بقوله (الا أنه لا يباح لعدم الفائدة) أى لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما أن اتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بان قال ألق مالى فى البحر أو أحرقه بالنار (وهذا البذل) أى الذى بالنكول (مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع) قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين أحدهما انه مناقض لما قال فى السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثانى ان الخصومة تندفع بالارش

(قوله اذا كان امتناع القصاص لمعنى) أقول أى امتنع القصاص لذلك المعنى (قوله وفيما نحن فيه كذلك) أقول أى الامتناع من جهة من عليه (قوله لانه لم يصرح بالاقرار) أقول بل أتى بما فيه شبهة البدلية أو شبهة الانكار وهو النكول (قوله فأشبه الخطأ) أقول فى كون الامتناع لمعنى من جهة من عليه (قوله فان قيل الى قوله حيث يثبت المال فيها) أقول أى فى السرقة (قوله أجيب بأن المال الخ) أقول مأخوذ من النهاية (قوله واذا قصر لم يتعد الخ) أقول أى اذا ثبت قصور فى ثبوت المال بأن كان بحجة فيها شبهة ثم أقول لا يذهب عليك ما فى هذا التقرير من القصور (قوله وهو أن يكون مشروعا الخ) أقول لعل المراد أن يكون شبيها بقتل يكون المال مشروعا فيه بطريق المنة اه كما يلوح اليه قوله لعدم شبهها بالخطا (قوله لعدم شبهها بالخطا) أقول فانه ما جاء تعذر القصاص من قبل القاتل ثم اعلم أن الضمير فى قوله شبهها راجع الى الصورة فى قوله ولم يوجد فى صورة الشهادة (قوله فقطعها لا يجب الضمان) أقول ولكن يأثم فيه (قوله لجاز قطع يده من غير اثم) أقول الاولى أن يقال لجاز بذل يده من غير اثم وليس كذلك فيرتبط الجواب بالسؤال فان ضمير لا يباح عائد الى البذل على ما يقتضيه كلام المصنف وأيضا فالقطع بقطع الخصومة اذا لم يكن المدعى محقا ليس بمحتاج وأما قوله كالقطع للآكلة فأمره هين فانه من قبيل اسناد الفعل الى السبب الآمر وهو الباذل والتشبيه فى مجرد الاباحة

وهو أهون فالمصير إليه أولى وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد لأنهم المحتاجون إليها فتثبت بالشبهات كالأموال والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بأن دفع الخصومة بالأرش إنما يصار إليه بعد تعذر ما هو الأصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه فظهر مما ذكرنا أن البذل في الأطراف جائز فيثبت القطع به وفي الأنفس ليس بجائز فيمتنع القصاص وإذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به فيها كما في القسامة فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا أو يحلفوا (١٧٣) قال (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة الخ) وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فإما أن يكون المدعى عليه مقيما أو مسافرا فإن كان مقيما قيل له أعطه كفيلا عن نفسك ثلاثة أيام فإن فعل والأمر لازمته أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم وأما جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل إقامة فيتمكن

وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعي

وهو أهون فالمصير إليه أولى وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد لأنهم المحتاجون إليها فتثبت بالشبهات كالأموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بأن دفع الخصومة بالأرش إنما يصار إليه بعد تعذر ما هو الأصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث الأول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات بعد أن بين المراد حيث قال يعني أن في كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فإنه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضا فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه انتهى أقول مدار بحثه على أن يكون المراد ما بينه وذلك ممنوع إذ يجوز أن يكون المراد أن في كون الأطراف مما يسلك به مسلك الأموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الأنفس كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة وبين الحر والعبد وبين العبدين فيما دون النفس على ما يأتي في كتاب الجنايات فمع هذه الشبهة لا يتأتى البذل في قطع الأطراف في حقوق الله تعالى بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب ثم إن في ذكر هذه الشبهة إيماء إلى سبب عدم تأتي البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكرها أولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه كما لا يخفى (وإذا امتنع القصاص في النفس) أي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر (واليمين حق مستحق) أي والحال أن اليمين حق مستحق (يحبس به) أي يحبس الناكل بذلك الحق (كما في القسامة) فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا أو يحلفوا (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه) أي كي لا يغيب خصمه نفسه (فيضيع حقه) أي حق المدعي ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى تحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق كذا في الكافي وغيره (والكفالة بالنفس جائزة عندنا) خلافا للشافعي (وقد مر من قبل) أي وقد مر جواز الكفالة بالنفس من قبل أي في أول كتاب الكفالة (وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا) اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف روي عن قتادة والشعبي أنه لا يجوز وروي عن إبراهيم النخعي أنه يجوز وهذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا والقياس أن لا يجوز وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالإنكار فلا يجب عليه إعطاء الكفيل ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لأن فيه) أي في أخذ الكفيل (نظر المدعي) إذ لا يغيب حينئذ خصمه

(قوله لأنهم المحتاجون إليها) أقول يعني إلى الأطراف (قوله فيثبت بالشبهات الخ) أقول يعني فيثبت القطع بالشبهات لكن بقي ههنا بحث إذ يلزم حينئذ أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين مثلا وليس فليس بل الأصوب أن يقال إن الأطراف لكونها بمنزلة الأموال يصح فيها البذل إذا كانت هي المدعى والمدعى في السرقة هو المال لا القطع لكون القطع حق الله تعالى فلا يستحلف فيه حتى يبذل مده لاندفاع الخصومة فإن مناط التخريج في هذه المسائل على مذهب أبي حنيفة جريان البذل لفائدة وعدمه لا لثبوت الشبهة وعدمها فليتأمل ويمكن أن يجاب عن أصل البحث وهو قولنا فيلزم أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين أن يقال إن القياس كان أن يقبل وعدم القبول لحديث الزهري وقد مر في أول الشهادة ثم أقول يمكن البحث في بعض مقدمات الجواب الأول وهو قولنا لا لثبوت الشبهة وعدمها (قوله والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات) أقول يعني أن في كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فإنه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضا فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه (قال المصنف وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة) أقول ليست المسئلة من باب اليمين فذكرها ههنا استطرادي

وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لابد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعى لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال (فان فعل والا أمر بملازمته) كي لا يذهب حقه (الا أن يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي) وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا

فيتمكن من اقامة البينة عليه (وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه) أي على المدعى عليه (بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه) من الاعداء على لفظ المجهول يقال استعدى فلان الامير على من ظلمه أي استعان به فاعداه الامير عليه أي أعانه الامير عليه ونصره ومنه قول الشاعر

ونستعدي الامير اذا ظلمنا * ومن يعدي اذا ظلم الامير

كذا في النهاية وغيرها (ويحال بينه وبين أشغاله) من الحيلولة على لفظ المجهول أيضا (فيصح التكفيل باحضاره) بمجرد الدعوى (والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازا عما روى عن أبي يوسف أنه يؤخذ الكفيل الى المجلس الثاني (ولا فرق في الظاهر) أي في ظاهر الرواية (بين الخامل والوجيه) يقال خمل الرجل خمولا اذا كان ساقط القدر (والحقير من المال والخطير) أي وبين الحقير من المال والخطير أي الشريف وعن محمد أنه اذا كان معروفا أو الظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل (ثم لابد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر) أي معنى قوله حاضرة حاضرة في المصر (حتى لو قال المدعى لا بينة لي أو شهودي غيب) بفتحتين مخففة الياء أو بضم الغين مشددة الياء (لا يكفل) أي لا يكفل خصمه (لعدم الفائدة) لان الفائدة هي الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤب (قال) أي القدوري في مختصره (فان فعل) أي فان أعطى خصمه الكفيل فبها (والا) أي وان لم يعط (أمر بملازمته) أي أمر المدعى بملازمة خصمه (كي لا يذهب حقه) أي حق المدعى (الا أن يكون غريبا) أي الا أن يكون المدعى عليه غريبا (على الطريق) أي مسافرا (فيلازم) أي فيلازم المدعى المدعى عليه (مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس) أي وكذا لا يكفل المدعى عليه اذا كان مسافرا الا الى آخر مجلس القاضي (فالاستثناء منصرف اليهما) أي الاستثناء المذكور في مختصر القدوري بقوله الا أن يكون غريبا منصرف الى التكفيل والملازمة جميعا (لان في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك) أي على مقدار مجلس القاضي (اضرارا به) أي بالمدعى عليه (بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار) أي في مقدار مجلس القاضي (ظاهرا) أي من حيث الظاهر لان بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة فاذا جاء أوان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعى بينته فان القاضي يحلف المدعى عليه ويخلي سبيله ليذهب حيث شاء فان اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب أنا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر تكلموا فيه بأقوال قال بعضهم القول قول المدعى لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالاصل وقال بعضهم القاضي يسأله مع من يريد السفر فان أخبره مع فلان فالقاضي يبعث الى الرفقة أمينا من أمنائه يسأل ان فلانا هل استعد للخروج معكم فان من أراد السفر لابد

الحجة ووجه ذلك أن الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعدّى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعى وضرر المدعى عليه به يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين أشغاله وأما التقدير بثلاثة أيام فروى عن أبي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروى عن محمد أنه قال اذا كان معروفا والظاهر أنه لا يخفى شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان المدعى به حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه وأما الامر بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعى لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضي اذ ليس فيه كبير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر

(قوله ووجه ذلك) أقول يعني وجه الاستحسان (قوله هو الصحيح) أقول فيه بحث فان المحكوم عليه بالصحة في الكتاب هو التقدير بثلاثة أيام احترازا عما روى عن أبي يوسف فالشرح لا يطابق المشروح وجوابه أظهر من أن يكتب

وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

﴿فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف﴾ قال واليمين بالله عز وجل دون غيره) لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد أشرك (وقد تؤكد بذكر أوصافه) وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه

أن يكون مستعدا لذلك قال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لأعدوا له عدة فان قالوا انهم قد استعدوا لذلك انضم قولهم الى قوله فيقبل ذلك منه فيمهله الى آخر المجلس فان أحضر المدعى بينته فى هذه المدة والا خلى سبيل المطلوب وان لم يعلموا من حاله فنحن نعلم انه يبقى ثلاثة أيام لاجل الاستعداد فقلنا بانه يجبر على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام كذا فى غاية البيان قال المصنف (وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى) والذى يذكره المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه فى موضع لانه حبس ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة انتهى وقال فى الفتاوى الصغرى وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار و يبعث أمينا حتى يدور معه أينما دار لكن لا يجلسه فى موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول على أهله بل يدخل المطلوب على أهله والطالب الملازم يجلس على باب داره ثم قال ورأيت فى الزيادات فى الباب الخامس والاربعين أن المطلوب اذا أراد أن يدخل بيته فاما أن يأذن المدعى بالدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى

﴿فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف﴾ لما ذكر نفس اليمين أى فى أى موضع يحلف ذكر فى هذا الفصل صفتها لان كيفية الشئ وهى ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفته والصفة تقتضى سبق الموصوف (قال) أى القدورى فى مختصره (واليمين بالله دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر) أقول ههنا كلام وهو أنه قال فى كتاب الايمان اليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وهذا صريح فى أن اليمين كما تكون بالله تعالى تكون أيضا بصفاته التى يحلف بها فى المتعارف والحصر المستفاد من قوله ههنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضى اختصاص اليمين بالله تعالى وأيضا قال هناك وان قال ان فعلت هذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر يكون يمينا والحصر المستفاد ههنا ينافيه أيضا ويمكن أن يجاب عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب أهل السنة أن صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها فعلى هذا لا ينافى قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها أيضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الثانى بان اليمين فى الصورة المذكورة وان لم تكن بالله تعالى فى ظاهر الحال الا أنها كانت به فى المآل فتأمل وفى المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم فى اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سواء كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقد تؤكد) أى اليمين (بذكر أوصافه) أى بذكر أوصاف الله تعالى هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر) والخفاء (ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه

وكيفية الملازمة ستذكر فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

﴿فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف﴾ لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هى فيها ذكر صفتها لان كيفية الشئ وهو ما تقع به المشابهة واللامشابهة صفته واليمين بالله دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وكلامه فيه ظاهر

﴿فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف﴾ (قال المصنف واليمين بالله) أقول قوله واليمين مبتدأ وقوله بالله خبره

وله أن يزيد فى التغليظ على هذا وله أن ينقص منه الا أنه يحتاط فيه كى لا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضى بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح و يغلظ على غيره وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) لما روينا وقيل فى زماننا اذا ألح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق

وله) أى وللقاضى (أن يزيد فى التغليظ على هذا) اى على المذكور (وله أن ينقص منه) أى من المذكور لان المقصود من الاستحلاف النكول وأحوال الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين و يتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بأدنى تغليظ ومنهم من لا يمتنع الا بزيادة تغليظ فللقاضى أن يراعى أحوال الناس والاصل فيه حديث أبى هريرة رضى الله عنه فى الذى حلف بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذى لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم (الا أنه يحتاط كى لا يتكرر عليه اليمين) والمراد بالاحتياط أن يذكر بغير واو اذ لو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة أيمان وتكرار اليمين غير مشروع كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط (لان المستحق عليه يمين واحدة والقاضى بالخيار ان شاء غلظ) فلا يزاد عليها (وان شاء) القاضى (لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله) لما مر أن المقصود من اليمين النكول وأحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالرأى فيه الى القاضى (وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح) اذ الظاهر منه أن يمتنع بدون التغليظ (و يغلظ على غيره) لكون أمره على خلاف الاول (وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير) لمثل ما قلنا فى القيل الاول (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر (وقيل فى زماننا اذا ألح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك) أى بالطلاق أو بالعتاق (لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق) أقول يرد عليه أن هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر فلا يصح على ما عرف فى موضعه وفى فتاوى قاضيخان وان أراد المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق فى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام و بعضهم جوزوا ذلك فى زماننا والصحيح ظاهر الرواية انتهى وفى الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا وأجازه البعض فيفتى بانه يجوز ان مسته الضرورة واذا بالغ المستفتى فى الفتوى يفتى بأن الرأى الى القاضى انتهى وفى فصول الاستروشنى ولو حلف القاضى بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا انتهى وفى الخلاصة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا فان مست الضرورة يفتى بان الرأى الى القاضى فلو حلف القاضى بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى أقول قد تلخص من هذه المذكورات كلها أن للقاضى أن يحلف بالطلاق والعتاق عند الحاح الخصم وأن يفتى بجواز ذلك ان مسته الضرورة ولكن ليس له أن يقضى بالنكول عنه وان قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية ولكنهم قالوا ان نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به ألا يرى الى ما مر فى بيان دليل أبى حنيفة على عدم جواز الاستحلاف فى الاشياء المعدودة عنده من أن النكول بذل والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف

(قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم فى زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالصرف اسم أعجمى روى أنه عليه السلام رأى قوما مروا برجل وامرأة سخم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فأمر باحضار ابن صوريا وهو حبرهم

(قوله لا يقضى عليه بالنكول) أقول على ظاهر الرواية وهو الصحيح (قوله لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا) أقول فكيف سوغ للقاضى تكليف الاتيان بما هو منهى عنه شرعا ولعل ذلك البعض يقول النهى تنزيهى

قال (و يستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام) لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (و) يستحلف (المجوسي بالله الذي خلق النار) وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله في النوادر انه لا يستحلف أحد الا بالله خالصا وذكر الخصاف رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة (والوثني لا يحلف الا بالله) لان الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله قال (ولا يحلفون في بيوت عبادتهم) لان القاضي لا يحضرها

في الاشياء المذكورة عنده فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (و يستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى لقوله) أي لقول نبينا (صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الاعور) وفي المغرب ابن صوريا بالقصر اسم أعجمي (أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا) أي التحميم هذا الحديث أخرجه مسلم في الحدود مسندا الى البراء بن عازب رضي الله عنه قال مر النبي عليه السلام بيهودي محمم فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزاني في كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا فقال نشدتك الله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزاني في كتابكم فقال اللهم لا فلولا أنك نشدتني بهذا لم أخبرك حد الزنا في كتابنا الرجم ولكنه كثر في أشرافنا فكنا اذا أخذنا الرجل الشريف تركناه واذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فنجتمع على شئ نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اني أول من أحيا أمرك اذ أماتوه فأمر به فرجم وقال شراحه وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا وقد صرح باسمه في سنن أبي داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يعني لابن صوريا الحديث وهذا مرسل (ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى) أي يعتقد نبوة عيسى عليه السلام (فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه) ليكون رادعا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة (و يحلف المجوسي بالله الذي خلق النار هكذا ذكر محمد في الاصل) وذلك لان المجوسي يعتقد الحرمة في النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود (ويروى عن أبي حنيفة أنه لا يستحلف أحد الا بالله خالصا) تفاديا عن تشريك الغير معه في التعظيم (وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم) لان النار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وفي المبسوط وكأنه وقع عند محمد أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود النكول قال تذكر النار في اليمين انتهى (بخلاف الكتابين) أي التوراة والانجيل (لان كتب الله معظمة) فجاز أن تذكر مع اسم الله تعالى (والوثني لا يحلف الا بالله) لان الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله) لا يقال لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الاوثان لانا نقول انما يعبدونها ليتقربوا الى الله تعالى على زعمهم ألا يرى الى قوله تعالى حكاية عنهم ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى واذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول (قال) أي القدوري في مختصره (ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها) أي لا يحضر بيوت عبادتهم

فقال أنشدك بالله أي أحلفك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك

بل هو ممنوع عن ذلك قال (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت) لانه قد يباع العين ثم يقال فيه (ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت) لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال) لانه قد يطرأ عليه الخلع

للحرج (بل هو ممنوع عن ذلك) لان فيه تعظيم ذلك المكان والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان ففي أي مكان حلفه جاز وفي الاجناس قال في المأخوذ للحسن وان سأل المدعي القاضي أن يبعث به الى بيعة أو كنيسة فيحلفه هناك فلا بأس أن يفعله اذا اتهمه كذا في غاية البيان (قال) أي القدوري في مختصره (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك) أي بدون تعيين الزمان والمكان (وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها) أي حضور الازمان المعينة والاماكن المخصوصة (وهو مدفوع) أي الحرج مدفوع بالنص وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة أو في لعان أو في مال عظيم فانها تختص بمكان ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلاة والسلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الاقطع (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت) يعني يستحلف على الحاصل دون السبب واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل أو السبب والضابط في ذلك أن السبب اما ان كان مما يرتفع برافع أولا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند أبي يوسف رحمه الله الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لانه قد يباع العين ثم يقال فيه) من الاقالة أي ثم تطرأ عليه الاقالة فلا يبقى البيع على حاله فلو استحلف المدعى عليه على السبب الذي هو البيع ههنا لتضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه (ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده) أي رد المدعى (ولا يحلف بالله ما غصبت) هذا أيضا من قول القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لانه قد يغصب) أي قد يغصب الشئ (ثم يفسخ) أي يفسخ الغصب (بالهبة والبيع) فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي هو الغصب ههنا لتضرر به فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال) وهذا أيضا من قول القدوري وقال صاحب النهاية وأكثر الشراح هذا على قولهما لما أن الاستحلاف في النكاح قولهما أقول الاولى أن يقال هذا على قول محمد لان الاستحلاف في النكاح مطلقا وان كان يجري على قولهما معا الا أن الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل انما يجري على قول محمد فقط اذ الاستحلاف فيه على قول أبي يوسف انما هو على السبب كما ينادي عليه قول المصنف فيما سيأتي أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب نعم سيقول المصنف هناك أيضا الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل لكن الكلام هنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقا أي سواء عرض أو لم يعرض يدل عليه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أما على قول أبي يوسف الخ اذ لا خلاف في صورة التعريض قال المصنف في التعليل (لانه قد يطرأ عليه الخلع)

(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع) وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج على الحاكم قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد الخ) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل أو السبب والضابط في ذلك أن السبب اما ان كان مما يرتفع برافع أولا

(قوله وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره) أقول الباء للسببية والضمير في قوله وفي ايجابه راجع الى تغليظ اليمين

فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبى حنيفة ومحمد وعلى السبب عند أبى يوسف الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل أن يقول

عند قول القاضى احلف بالله مابعت أيها القاضى ان الانسان قد يبيع شيأ ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضى الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الائمة الحلوانى ماعبر عنه بقوله وقيل ينظر فى انكار المدعى عليه فان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق

(وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ماطلقها) لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أما على قول أبى يوسف رحمه الله يحلف فى جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه

أى يطرأ على النكاح الخلع فلو حلف على السبب الذى هو أصل النكاح ههنا لتضرر به فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ماطلقها) وهذا أيضا من قول القدورى فكانه زاد ذكر دعوى فى هذه المسئلة التى هى أخرى المسائل المتناسبة المذكورة ههنا ايماء الى أنها معتبرة فى المسائل السابقة أيضا الا أنها تركت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة المقام قال المصنف فى تعليل هذه المسئلة (لان النكاح قد يجدد بعد الابانة) وفرع على جملة ماذكره فى تلك المسائل قوله (فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب لتضرر المدعى عليه) على مامر تقريره (وهذا قول أبى حنيفة ومحمد) أى التحليف على الحاصل فى الوجوه المذكورة قولهما قال بعض العلماء ههنا كلام وهو أنه لا يحلف فى النكاح عند أبى حنيفة فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى أقول هذا ظاهر ولكن الظاهر أيضا أن يحمل كلام المصنف هذا على التغليب أى تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف فى النكاح مما مر ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال أى التحليف على الحاصل قول أبى حنيفة ومحمد وليس معناه أن التحليف على الحاصل فى جميع الامور المذكورة قول أبى حنيفة حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف عنده فى النكاح انتهى أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن قول المصنف أما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك على السبب يأبى ما قاله هذا القائل اذ قد صرح المصنف ههنا بلفظ الجمع تعيينا لكون الخلاف بين أبى يوسف وصاحبيه فى جميع الوجوه المذكورة لا فى كيفية التحليف فى الجملة فتدبر (أما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك) أى فى جميع ماذكر من الوجوه (على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا) أى الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب وصفة التعريض أن يقول المدعى عليه للقاضى اذا عرض القاضى اليمين عليه بالله مابعت أيها القاضى ان الانسان قد يبيع شيأ ثم يقيل فيه وعلى هذا باقى أخوات البيع فتدبر (فحينئذ يحلف على الحاصل) أى فحينئذ يلزم القاضى الاستحلاف على حكم الشئ فى الحال وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعى عليه حين طالب به كذا فى النهاية نقلا عن شرح الاقطع (وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه) أى روى عنه أنه ينظر الى انكار المدعى عليه (ان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل) وفى فتاوى قاضيخان قال شمس الائمة هذا أحسن الاقاويل عندى وعليه أكثر القضاة وفى الكافى قال فخر الاسلام يفوض الى رأى القاضى (فالحاصل هو الاصل عندهما) أى التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما (اذا كان سببا) أى اذا كان سبب ذلك سببا (يرتفع برافع الا اذا كان فيه) أى فى التحليف على الحاصل

(قوله فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع) أقول أى على ظاهر الرواية (قوله أيها القاضى) أقول مقول يقول (قوله هذا هو الظاهر) أقول أى ظاهر الرواية (قوله يحلف على السبب لعدم تكرره) أقول وان أنكر الحكم (قوله والامة مطلقا) أقول أى كافرة أو مسلمة (قوله وعليها بالردة واللحاق) أقول اذا تكرر على المسلمة فعلى الكافرة أولى فلا يرد أن هذا التعليل لا يناسب قوله مطلقا (قال المصنف وهذا قول أبى حنيفة ومحمد الخ) أقول أى التحليف على الحاصل وليس معناه أن التحليف على الحاصل فى جميع الامور المذكورة قول أبى حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف فى النكاح عنده ولو سلم فيجوز أن يكون بناء على قولهما كما فى المزارعة فليتأمل

واذا ادّعت المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة الجوار والمشترى لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق فى يمينه فى معتقده فيتضرر المدعى فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعى أجيب بأنه أولى بذلك لان القاضى لا يجد بدا من الحاق الضرر بأحدهما والمدعى يدعى ماهو أصل لان الشراء اذا ثبت يثبت الحق له وسقوطه انما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى تقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق أو الغصب أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ماهى بائن منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح أو بيع قائم فى الحال لان السبب مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند أبى يوسف يحلف على السبب قال (ومن ورث عبدا وادّعاه آخر استحلف على علمه الخ) وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات والضابط فى ذلك أن الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشترى اذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت ذلك فى يد نفسه وادعاه فى يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق ما سرق مع أنه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشترى ثم أقر أن الموكل قبض الثمن وأنكره الموكل يحلف الوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى أن التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لى بذلك فأما اذا قال لى علم بذلك حلف على البتات وفى صور النقض يدعى العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان فى الرد بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه

ترك النظر فى جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك أن تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده فيفوت النظر فى حق المدعى وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع (كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر) لانه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم قال (ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه)

(ترك النظر فى جانب المدعى حينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك) أى ما كان فى التحليف على السبب فيه ترك النظر فى جانب المدعى (مثل ان تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها) أى لا يرى نفقة العدة للمبتوتة (أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها) بان كان شافعيا (لانه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده فيفوت النظر فى حق المدعى) فان قيل فى التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه أيضا لجواز انه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب قلنا القاضى لا يجد بدا من الحاق الضرر بأحدهما فكان مراعاة جانب المدعى أولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت يثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره الصدر الشهيد فى أدب القاضى كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وان كان سببا) أى ان كان سبب ذلك سببا (لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه) ويجحد المولى فانه يحلف على السبب بالله ما أعتقه لانه لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز أن يعود رقيقا بعد الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يمكن ذلك بالنسبة الى العبد المسلم لانه يقتل بالارتداد (بخلاف الامة والعبد الكافر) حيث يحلف فيهما على الحاصل أى ماهى حرة أو ماهو حر فى الحال كذا فى الكافى (لانه يتكرر الرق عليها) أى على الأمة (بالردة واللحاق) بدار الحرب والسبى (وعليه) أى ويتكرر الرق على العبد الكافر (بنقض العهد واللحاق) بدار الحرب والسبى أيضا (ولا يتكرر على العبد المسلم) لما ذكرناه آنفا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (ومن ورث عبدا وادعاه آخر) ولا بينة له (استحلف) أى الوارث (على علمه)

(قال المصنف فالتحليف على السبب بالاجماع) أقول فى باب اليمين من فتاوى قاضيخان ما يخالفه فراجعه وتدبر فى دفعه (قوله واذا ادعت المبتوتة النفقة الخ) أقول وفى الخانية فى باب اليمين امرأة ادعت على زوجها انه طلقها بعد الدخول وعليه نفقة العدة فانكر الزوج النفقة يحلف بالله ما عليك تسليم النفقة اليها الا اذا عرضت المرأة فتقول انه من أصحاب الحديث يزعم انه لا نفقة للمبتوتة ولو حلف على الحاصل يحلف بناء على زعمه فيحلفه القاضى على السبب بالله ما طلقتها بعد الدخول انتهى فأقول لا يخفى عليك من المخالفة بين هذا والمذكور فى الكتاب ويجوز أن يقال ما فى الخانية فيما اذا لم يعلم القاضى مذهب الزوج وما فى الهداية والشروح فيما اذا علمه كما يفهم من قوله والزوج ممن لا يراها (قوله يحلف على البتات الخ) أقول الظاهر أن يحلف على الحاصل بالله ما عليك حق الرد فان بالحلف على السبب يتضرر البائع اذ قد يبرأ المشترى عن العيب (قوله وفى صورة النقض يدعى العلم الخ) أقول غير مسلم فى الرد بالعيب

لانه لاعلم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات (وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة

أى بالله ما يعلم أن هذا عبد المدعى (لانه لاعلم له) أى للوارث (بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) اذ لو حلفناه عليه لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به كذا فى الكافى (وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) يعنى ان وهب له عبد أو اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات (لوجود المطلق) أى المجوز (لليمين) أى لليمين على البتات (اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) فان قيل بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الارث وغيره فان الارث أيضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعا أن ذلك سبب يثبت الملك باختيار المشترى ومباشرته ولو لم يعلم المشترى أن العين الذى اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختيارا وكذا الموهوب له فى قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولاعلم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشترى والموهوب له بالبتات كذا فى الشروح ثم اعلم أن هذا نوع آخر أيضا من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات والضابط فى ذلك أن التحليف ان كان على فعل نفسه يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل أنى يستقيم هذا ولو ادعى عليه رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الاباق فانه يحلف على البتات مع ان الاباق فعل غيره قلنا المدعى يدعى عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره وانه فعل نفسه كذا فى الكافى قال الامام الاستروشنى فى الفصل الثالث من فصوله وأما كيفية التحليف فنقول ان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين منى أو غصبت هذا العين منى يستحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك أو ادعى ان أباك سرق هذا العين منى أو غصب هذا العين منى يحلف على العلم وهذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلوانى هذا الاصل مستقيم فى المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا فى الرد بالعيب يريد به ان المشترى اذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت اباقه أو سرقته فى يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق فى يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق بالله ما سرق فى يدك وهذا تحليف على فعل الغير وهذا لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوى يزيد على هذا الاصل حرفا وهو أن التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان شيئا يتصل به فحينئذ يحلف على البتات خرج على هذا فصل الرد بالعيب لان ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت منى استأجرت منى استقرضت منى فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها تقوم باثنين ففى هذه الصور يحلف على البتات وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذى استحلف لاعلم لى بذلك فأما اذا قال لى علم بذلك يحلف على البتات ألا ترى أن المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة منى فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشترى ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف برئ المشترى ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعى أن له علما بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا فى غاية البيان وذكر الامام اللامشى أن فى كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك

وفى الباقين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض (واذا ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) فان قيل الارث كذلك أجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختيارى يباشره بنفسه فيعلم ما صنع

(قال المصنف لانه لاعلم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) أقول قال الزيلعى أخذا من النهاية ثم فى كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفى كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى فيه بحث أما أولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغى بل اللائق أن يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففى الحلف على البتات أولى والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار فليتأمل وأما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل الخ محل تأمل فانه اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل

النكول

قال (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه

النكول ولو وجبت على العلم وحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم ولو نكل يقضى عليه لان الحلف على البتات أقوى كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعي أخذا من النهاية ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات لحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم لحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه بحث أما أولا فلأن قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق أن يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات أولى والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار وأما ثانيا فلأن قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تأمل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل الى هنا كلام ذلك القائل وأقول بحثه الثاني متوجه في الظاهر ولكنه ليس بمستقل بايراده بل قد سبقه اليه بعض العلماء حيث ذكر ما في النهاية وقال وفيه كلام وهو أن الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال في فصوله ورأيت فيما كتبته من نسخة المحيط في فصل المتفرقات من أدب القاضي منه في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلفه القاضي على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلفه على البتات سقط عنه الحلف لان البتات أقوى ولو نكل عنه يقضى عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى أن مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وان وجه اشكاله توجه ما ذكراه وأما بحثه الاول وجوابه فمنظور فيهما أما البحث فلان اللازم من النكول عن الحلف على العلم أن يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا أن يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل والذي من أسباب القضاء هو الثاني دون الاول كما لا يخفى وأما الجواب فلانه لو علم بيقين كون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فالحكم أيضا ما ذكر ولا يجري الجواز المذكور هنا على انه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار اذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه) أي افتدى الآخر عن يمينه (أو صالحه منها) أي صالح الآخر المدعي من اليمين (على عشرة دراهم مثلا فهو) أي الافتداء أو الصلح (جائز) فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى وقد يكون بمال هو أقل من المدعى وأما الصلح من اليمين فانما يكون على مال أقل من المدعى في الغالب لان الصلح يبنى عن الحطيطة وكلاهما مشروع كذا في النهاية ومعراج الدراية (وهو) أي الافتداء عن اليمين (مأثور عن عثمان رضي الله عنه) قال صاحب العناية ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنه ما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رضي الله عنه فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف

عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه وذكر في الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين أن الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعى والجواب أنه كان يدعى الايفاء على عثمان وبه نقول ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الفداء

(قوله قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف) أقول فيه نظر فانه اذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله تعالى عنه انها كانت سبعة آلاف ثم ان القصة ليست مما نحن فيه اذ ليس فيها الا النكول لا الافتداء والصلح

(وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبداً) لانه أسقط حقه والله أعلم

وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعى والجواب انه كان يدعى الايفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول انتهى وقال بعض الفضلاء فيه نظر فان المقداد رضي الله عنه اذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله عنه انها كانت سبعة آلاف ثم ان قصة المقداد ليست مما نحن بصدده اذ ليس فيها الا النكول لا الافتداء والصلح انتهى وأقول نظره ساقط بشقيه أما شقه الاول فلان معنى قول عثمان رضي الله عنه انها كانت سبعة آلاف انها كانت في الاصل سبعة آلاف كما يرشد اليه لفظ كانت لا أن الباقي في ذمته الآن سبعة آلاف ولا يخفى أن قضاء أربعة آلاف انما ينافي الاول دون الثاني فان قلت يشكل حينئذ قوله والجواب انه كان يدعى الايفاء على عثمان رضي الله عنه اذ النزاع حينئذ يكون في الايفاء والقبض دون مقدار أصل القرض كما ذكرته قلت المراد به انه كان يدعي ايفاء تمام الدين وهو أربعة آلاف درهم على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول بل أوفيت البعض منه وهو أربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلاثة آلاف فحينئذ يكون النزاع في الايفاء فرع النزاع في أصل مقدار القرض فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر ويخرج الجواب عما قاله الشافعي وأما شقه الثاني فلانه لم يدع أحد أن القصة مما نحن بصدده بل صرحوا بأن عثمان رضي الله عنه كان مدعيا في هذه القصة فصلح أن يتخذه الشافعي دليلا على مذهبه وهو جواز رد اليمين على المدعى وان أمكن الجواب عنه من قبلنا وانما كان مدعى عليه ومفتديا عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية والمقصود التنبيه على أن قول المصنف وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه انما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها وقد أشار اليه صاحب العناية حيث قال أولا ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية ثم نقل هذه القصة فقال فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعى واعلم أن صاحب النهاية قد أوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال قد اختلفت روايات الكتاب في أن عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك أو مدعيا ففي الفتاوى الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر في الباب الاول من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي في مسئلة رد اليمين على المدعى أن عثمان رضي الله عنه كان مدعيا فقال وحجته في رد اليمين على المدعى ما روى أن عثمان ادعى مالا على المقداد بين يدي عمر رضي الله عنهم الى أن قال ليحلف لي عثمان وذكر الامام المحبوبي تمام القصة فقال روى أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد لتحلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله ثم قال في المبسوط وتأويل حديث المقداد انه ادعى الايفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول الى هنا كلام صاحب النهاية (وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين) أي ليس للمدعى أن يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها أو صالح عنها على مال (أبداً) أي في وقت من الاوقات (لانه أسقط حقه) أي لان المدعى أسقط حقه في يمين المدعى عليه بالافتداء أو الصلح بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعتبرات

والصلح ليس له أن يستحلف بعد ذلك لانه أسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال

باب

راعى الترتيب الطبيعى فأخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع (اذا اختلف المتبايعان فى البيع فادعى المشترى أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع بان المبيع كر من حنطة وقال المشترى هو كران فن أقام البينة قضى له بها لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها لانها توجب الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا توجبه

﴿ باب التحالف ﴾

قال (واذا اختلف المتبايعان فى البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشترى أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها) لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها (وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لان البينات للاثبات ولا تعارض فى الزيادة (ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع) نظرا الى زيادة الاثبات

﴿ باب التحالف ﴾

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع فى بيان حكم يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فراعاه فى الوضع ليناسب الوضع الطبع (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اختلف المتبايعان فى البيع فادعى أحدهما) أى المشترى (ثمنا) بان قال مثلا اشتريته بمائة (وادعى البائع أكثر منه) بان قال بعته بمائة وخمسين (أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بان قال مثلا المبيع كر من الحنطة (وادعى المشترى أكثر منه) بان قال هو كران من الحنطة والحاصل اذا وقع الاختلاف بينهما فى قدر الثمن كما فى الصورة الاولى أو فى قدر المبيع كما فى الصورة الثانية (فأقام أحدهما البينة قضى له بها) أى بالبينة (لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها) لان البينة توجب منه الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا توجبه عليه (وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لان البينات للاثبات) أى وضعت فى الشرع للاثبات فكل ما كان أكثر اثباتا كان أولى (ولا تعارض فى الزيادة) لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض كذا فى غاية البيان قال تاج الشريعة فان قلت البينة التى تثبت الاقل تنفى الزيادة لانها تثبت أن كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا فكانت الاولى أولى لما قامت بينهما معارضة انتهى أقول جوابه هذا وان كان صحيحا فى نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف فان المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين فى الزيادة والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما فى الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتأمل (ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا) بان قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين دينارا وأقاما بينة (فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع نظرا الى زيادة الاثبات) فالجارية والعبد جميعا للمشترى بمائة دينار فى المثال المذكور وقيل هذا قول أبى حنيفة آخرا وكان يقول أولا وهو قول زفر يقضى للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا ونظير هذه المسئلة فى الاجارات كذا فى الشروح ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا أى فى قدرهما على ما ذكرنا فى صورة المسئلة وأما اذا

وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما فى الزيادة فبينتها كان أكثر اثباتا ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا وأقاما بينة فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشترى بمائة دينار وقيل هذا قول أبى حنيفة آخرا وكان يقول أولا وهو قول زفر يقضى بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا وان كان الاختلاف فى جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فهى لمن الاتفاق على قوله وهو البائع لان حق المشترى فى الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف فى حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول

﴿ باب التحالف ﴾

(قال المصنف لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى) أقول ولو ظاهرا فلا يخالف ما سيجىء بعد أسطر لان المشترى لا يدعى شيأ الخ اذ المراد لا يدعى ادعاء معنويا به يندفع ما عسى يقال كيف تقبل بينة المشترى بعد القبض وهو ليس بمدع والبينة على المدعى فانه اذا أريد أنه ليس بمدع حقيقة فسلم ولا يفيد لانه تسمع بينة المدعى صورة كما اذا ادعى المودع رد الوديعة وان أريد انه ليس بمدع أصلا ولو صورة فغير مسلم كما لا يخفى (قال المصنف ولا تعارض فى الزيادة) أقول فيه شئ جوابه لا يخفى

(وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى اما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان به (فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر)

اختلفا فى جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة يلزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشترى لان حق المشترى فى الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف فى حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ولانه يثبت ببينته الحق لنفسه فى العبد والمشترى ينفى ذلك والبينات للاثبات لا للنفى كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط أقول فى التعليل الثانى بحث أما أولا فبالمعارضة فان المشترى يثبت ببينته الحق للبائع فى مائة دينار والبائع ينفى ذلك والبينات للاثبات لا للنفى فينبغى أن تقبل بينة المشترى دون البائع وأما ثانيا فبالنقض فانه لو سلم هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشترى عند انفراده باقامة البينة أيضا اذ حينئذ ينفى المشترى أيضا ببينته حق البائع فيما ادعاه والبينات للاثبات لا للنفى مع أن المسئلة على انه اذا أقام أحدهما البينة قضى له بها قطعا وأما ثالثا فبالمنع فانا لا نسلم أن المشترى ينفى ببينته ما يثبته البائع بل هو يثبت بها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع فى مائة دينار ويسكت عما يثبته البائع وهو كون حقه فى العبد فان حصل مما يثبته المشترى نفى ما يثبته البائع فانما هو بالتبع والتضمن لا بالاصالة والقصد وذلك لا ينافى كون وضع البينات للاثبات دون النفى (وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى) أى يقول الحاكم للمشترى (اما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع) أى ويقول للبائع (اما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود) أى المقصود من شرع الاسباب (قطع المنازعة) ودفع الخصومة (وهذا جهة فيه) أى القول المذكور للبائع وللمشترى جهة فى قطع المنازعة (لانه ربما لا يرضيان) أى المتبايعان (بالفسخ فاذا علما به) أى بالفسخ (يتراضيان به) أى بمدعى كل واحد منهما أقول لقائل أن يقول كما أن ما ذكر جهة فى قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بان يقال للبائع اما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه المشترى والا فسخنا البيع وأن يقال للمشترى اما أن تقبل ما اعترف به البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بان يكلف مدعى الاقل بالرضا بالاكثر يمكن أيضا بعكسه وهو أن يكلف مدعى الاكثر بالرضا بالاقل فما الرجحان فى اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتأمل (فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) قال صاحب النهاية فى شرح قول المصنف فان لم يتراضيا أى بان يعطى كل واحد ما يدعى صاحبه انتهى أقول فيه قصور لان هذا لا يتصور الا فى الصورة الثالثة من الصور الثلاث المذكورة وهى ما اذا اختلفا فى الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قد مر فى الكتاب أن صورة الاختلاف فى الثمن أن يدعى أحدهما ثمنا ويدعى الآخر أكثر منه وأن صورة الاختلاف فى المبيع أن يدعى أحدهما قدرا من المبيع ويدعى الآخر أكثر منه فلو أعطى كل واحد ما يدعى صاحبه فى هاتين الصورتين لزم اعطاء الثمنين معا أو اعطاء المبيعين معا وهذا خلف ولا يخفى أن ما ذكره المصنف ههنا حكم عام للصور الثلاث جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان فى شرح هذا المقام أى ان لم يتراض البائع والمشترى يعنى لم يرض البائع بما ادعاه المشترى من المبيع ولم يرض المشترى بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضى كل واحد من البائع والمشترى على دعوى صاحبه انتهى أقول وفيه أيضا قصور لان هذا أيضا لا يجرى الا فى الصورة الثالثة من تلك الصور الثلاث كما لا يخفى على ذى مسكة فلا يناسب ما ذكره المصنف ههنا من

الحكم

وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشترى اما أن ترضى بالثمن الذى يدعيه البائع والا فسخنا البيع ويقول للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر

(قال المصنف وان لم يكن لكل واحد منهما) أقول الاظهر حذف كلمة كل كما لا يخفى (قال المصنف وهذه جهة فيه) أقول أنث اسم الاشارة باعتبار الخبر أو على تأويل القول بالمقالة

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فأما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه

الحكم العام للصور الثلاث كلها وأما سائر الشراح فلم يتعرضوا ههنا للشرح والبيان فالحق عندى فى شرح المقام أن يقال أى ان لم يتراض البائع والمشترى على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما فى الصورة الاولى والصورة الثانية أو مما يدعيه كل واحد منهما كما فى الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر فحينئذ يجرى معنى الكلام وفحوى المقام فى كل صورة كما ترى (وهذا التحالف قبل القبض) أى قبل قبض المشترى السلعة كذا فى العناية ومعراج الدراية (على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره) أى ينكر ما ادعاه البائع (والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف) لان اليمين على المنكر بالحديث المشهور (فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه) أى كان القياس أن يكتفى بحلفه فان قلت اذا لم يدع المشترى شيأ فيما بعد القبض ينبغى أن لا تقبل بينته فى هذه الصورة اذا أقامها لان البينة للمدعى مع أنه قال فيما قبل فأقام أحدهما البينة قضى له بها قلت المراد أن المشترى لا يدعى شيأ ادعاء معنويا فيما بعد القبض وهذا لا ينافى أن يكون المشترى مدعيا ادعاء صوريا فى هذه الصورة وبينة المدعى صورة تسمع على ما صرحوا به كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر لا يقال ان كان المشترى مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكر المادعاه صورة فيصير التحالف ههنا أيضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل أحد بتحليف المنكر الصورى بل إنما اليمين ابتداء على المنكر الحقيقى بخلاف المدعى الصورى فان البينة تسمع منه على ما ذكروا ولك أن تقول فى الجواب عن أصل السؤال ان المشترى لا يدعى شيأ فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا أى قبول البينة من غير المدعى لدفع اليمين كثير فى مسائل الفقه يعرفه من يتتبع الكتب وهذا الوجه من الجواب هو الاوفق لما رأيناه حقا فى شرح مراد المصنف من كلامه المذكور فى صدر كتاب الدعوى فتذكر أقول بقى ههنا شئ وهو أنه ان أراد المصنف بكلمة هذا فى قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الاشارة الى ما فى صورة الاختلاف فى الثمن فقط من الصور الثلاث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذى ذكره بقوله لان البائع يدعى زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الركاكة لفظا ومعنى أما الاول فلان تلك الصورة أبعد الصور المذكورة فالاشارة الى ما فيها بلفظ القريب بعيد وأما الثانى فلان الاصل المذكور أعنى كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة بل هو جار أيضا فى صورة الاختلاف فى المبيع فان المشترى يدعى فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره والبائع يدعى وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشترى ينكره فكل منهما منكر فيحلف وأما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعى على البائع شيأ لان الثمن سالم له بقى دعوى المشترى فى زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفى بحلفه ولقد أفصح الامام الزيلعى عن عدم اختصاصه بتلك الصورة حيث قال فى التبيين وهذا اذا كان قبل قبض أحد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيأ على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى فاذا لم يكن الاصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الاشارة الى ما فيها وجه وان أراد بها الاشارة الى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركاكة لفظا ومعنى أيضا أما

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر واليمين على من أنكر بالحديث المشهور فيحلفان أما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فى يده فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه

(قال المصنف لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره) أقول ذكر الضمير الراجع الى الزيادة لاكتسابه التذكير من المضاف اليه أولوجوه أخرى

لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ولقائل أن يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشترى وهو قول محمد وأبي يوسف آخرا ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال أبو يوسف انه يبدأ بيمين البائع لان المشترى أشدهما انكارا لكونه أول من يطالب بالثمن فهو البادى بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله أراد بالشدة التقدم وهو الانسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذى يترتب عليه أولان فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمن استيفاء الثمن وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وأبو الحسن في جامعه أنه رواية عن أبي حنيفة وهو قول زفر لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ووجه الاستدلال أنه عليه السلام

لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا (ويبتدئ بيمين المشترى) وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشترى أشدهما انكارا لانه يطالب أولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع

الاول فلان لفظ هذا يصير حينئذ زائدا لا موقع له في الظاهر وأما الثانى فلان الدليل الذى ذكره بقوله لان البائع يدعى زيادة الثمن الخ يصير حينئذ أخص من المدعى ثم اعلم أن صاحب الكافى وكثيرا من الثقات تركوا كلمة هذا في بيان الاصل المذكور ولكنهم ذكروا أيضا في دليل مخالفة القياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ويمكن توجيه الكل بعناية فتأمل (ولكنا عرفناه بالنص) استدراك من قوله فيكتفى بحلفه يعنى كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض أن يكتفى بحلف المشترى لكنا عرفنا التحالف بالنص (وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح انتهى أقول في الجواب عنه قد تقرر في كتب الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارة النص فحينئذ يكون هذا الحديث راجحا على الحديث المشهور ولان هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعى أيضا فيما نحن فيه وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعى مطلقا بل انما يدل عليه باشارته حيث يفهم من تقسيم اليمين للخصمين أو من جعل جنس الايمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو اذن مرجوح (قال) أى القدورى في مختصره (ويبتدئ) أى القاضى (بيمين المشترى) قال المصنف (وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازا عن القول الاول لابي يوسف كما سيجيء (لان المشترى أشدهما انكارا لانه يطالب أولا بالثمن) فهو البادئ بالانكار قال صاحب العناية وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله أراد بالشدة التقدم وهو أنسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذى يترتب عليه انتهى أقول فيه نظر لان الظاهر أن مدار ما ذكره المصنف على كون البادى أظلم لكونه منشأ للثانى أيضا فيكون أشد كما يكون أقدم ويجوز أيضا أن يكون مداره على أن المشترى لما كان مطالبا أولا بالثمن كان منكرا للشيئين أصل الوجوب ووجوب الاداء في الحال فكان أشد انكارا وعند هذين المحملين الصحيحين لاجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الاشد على الاقدم تجوزا مع عدم ظهور العلاقة بينهما (ولانه يتعجل فائدة النكول) أى بالابتداء بيمين المشترى (وهو) أى فائدة النكول الزام الثمن ذكر الضمير الراجع الى الفائدة اما باعتبار الخبر وهو (الزام الثمن) أو بتأويل الفائدة بالنفع (ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن) لان تسليم المبيع يؤخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له أمسك المبيع الى أن تستوفى الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته أولى كذا في الكافى (وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع) وذكر في المنتقى وفي جامع أبي الحسن أنه رواية عن أبي حنيفة وهو قول زفر كذا في العناية وغيرها (لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع) وجه الاستدلال

(قوله هذا الحديث مخالف للمشهور الخ) أقول قال في النهاية والحديث صحيح مشهور (قوله لعموم المشهور) أقول فيطلب المخلص ويجمع بينهما ما أمكن على ما بين في الاصول وذلك بحمل المشهور على ما عدا اختلاف المتبايعين (قوله أو يتعارضان ولا ترجيح) أقول فهو معمول به قطعا فيما عدا محل النزاع وهذا الحديث ليس كذلك أنه (قال المصنف وكان أبو يوسف الى قوله تقديمه) أقول وقدمر قبيل فصل التوكيل بشراء نفس العبد ما يمكن أن يكون جوابا عن التمسك بهذا الحديث

خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم يعنى أنه عليه السلام جعل القول قوله وذلك يقتضى الاكتفاء بيمينه لكن لا يكتفى بها فلا أقل من البداءة بها وان كان العقد مقايضة أو صرفا يبدأ القاضى بايهما شاء لاستوائهما قال (وصفة اليمين الخ) ذكر فى الاصل صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ماباعه بالف ويحلف المشترى بالله مااشتراه بالفين وقال فى الزيادات يحلف البائع بالله ماباعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشترى بالله مااشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان وضعت للنفى كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله تعالى ماقتلتم ولاعلمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك لاينافى التأكيد

خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم (وان كان بيع عين بعين أوثمن بثمن بدأ القاضى بيمين أيهما شاء) لاستوائهما (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ماباعه بالف و يحلف المشترى بالله مااشتراه بالفين) وقال فى الزيادات يحلف بالله ماباعه بالف ولقد باعه بالفين و يحلف المشترى بالله مااشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ماقتلتم ولاعلمتم له قاتلا

أنه عليه الصلاة والسلام (خصه بالذكر) أى خص البائع بالذكر حيث قال فالقول ماقاله البائع (وأقل فائدته) أى فائدة التخصيص (التقديم) يعنى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع وهذا بظاهره يقتضى الاكتفاء بيمينه فاذا كان لايكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه وفى غاية البيان قال فى شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشترى معلومة لاتشكل لقوله عليه السلام واليمين على من أنكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه و بين مايشكل ولم يتقدم بيانه انتهى أقول فيه نظر لان قوله عليه السلام واليمين على من أنكر كما أنه دليل فى حق المشترى دليل أيضا فى حق البائع فانه قدمر أن كل واحد منهما ينكر فى كل واحدة من الصور الثلاث المذكورة فيما اذا اختلفا قبل القبض وفيما اذا اختلفا بعد القبض ففى صورة الاختلاف فى الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشترى وفى صورة الاختلاف فى المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشترى فى الاندراج تحت قوله عليه السلام واليمين على من أنكر فى أكثر الصور وعدم الاندراج تحته فى بعض الصور فلا فرق بينهما فى اشكال اليمين وعدم اشكالها وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور ثم ان هذا الذى ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشترى على القول الصحيح أو بيمين البائع على القول الآخر اذا كان البيع بيع عين بثمن (وان كان بيع عين بعين) وهو المسمى بالمقايضة (أوثمن بثمن) أى بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف (بدأ القاضى بيمين أيهما شاء) من البائع والمشترى (لاستوائهما) أى فى الانكار وفى فائدة النكول (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ماباعه بالف و يحلف المشترى بالله مااشتراه بالفين) كذا ذكره فى الاصل (وقال فى الزيادات يحلف) أى البائع (بالله ماباعه بالف ولقد باعه بالفين و يحلف المشترى بالله مااشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفى تأكيدا) قال المصنف (والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان على ذلك وضعت) أى على النفى وضعت لا على الاثبات كذا فى النهاية ومعراج الدراية (دل عليه حديث القسامة بالله ماقتلتم ولاعلمتم له قاتلا) وقال صاحب العناية وفيه نظر لان ذلك لاينافى التأكيد انتهى أقول بل ينافيه لان وضع الايمان لما كان مقصورا على النفى كما يرشد اليه تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت بتقديم على ذلك على وضعت دون تأخيره عنه على ماهو حقه افادة لقصر وضعها على النفى المشار اليه بذلك لم يجز ادراج الاثبات فى اليمين ولو بطريق التأكيد والا يلزم الظلم للمنكر بالزام الزائد على مايجب عليه شرعا اذ لاشك أن الذى يجب عليه شرعا و يكون حقا للمدعى انما هو الاتيان بما وضعت له اليمين دون ماهو خارج عنه زائد عليه وهو الاثبات فلابد من الاقتصار على النفى كما ذكر ولبعض الفضلاء ههنا فى الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الذيل جلها بل كلها مدخول ومجروح تركنا ذكرها وردها مخافة

(قوله وفيه نظر لان ذلك لاينافى التأكيد) أقول والجواب أن أحوج الاشياء الى التوكيد أمر الدم لعظم موقعه وعلو قدره فاذا اقتصر فى التحليف به على النفى دل على ماذكره دلالة واضحة ولوسلم فقول المصنف والاصح دون والصحيح للاشارة اليه فليتأمل فانه يجوز أن يقال قوله ذلك اشارة الى قوله لان الايمان وضعت للنفى الخ فان الوضع للنفى لاينافى التأكيد بالاثبات كما أن الوضع للاثبات لاينافى التأكيد بالنفى فانه يقول الشاهد أشهد أن فلانا مات وهذا وارثه ولانعلم له وارثا غيره كذا فى شرح الاتقانى وفيه نظر فان تعرضه لحديث القسامة وعدم الاكتفاء بالقياس على البينات يدفع هذا الكلام مع أن قولهم لانعلم له وارثا غيره فى معنى الاثبات حيث يثبت به استحقاق المشهود له لجميع التركة

قال (فان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما) وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ماادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة أو يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولابد من الفسخ فى البيع الفاسد قال (وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال (وان اختلفا فى الاجل أو فى شرط الخيار أو فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما)

التطويل بلا طائل (قال) أى القدورى فى مختصره (فان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما) أى ان طلبا أو طلب أحدهما كذا فى الكافى والشروح قال المصنف (وهذا) أى الذى ذكره القدورى (يدل على أنه) أى البيع (لا ينفسخ بنفس التحالف) وقال فى غاية البيان وبه صرح فى كتاب الاستحلاف لابى حازم القاضى حيث قال اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى وقال فى الكافى وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول انتهى (لانه لم يثبت ماادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول) أى بقى بيعا بثمن مجهول كذا فى الكافى والكفاية أقول هذا انما يتم فى صورة كون الاختلاف فى المبيع دون الثمن فالاولى أن يكون مراد المصنف أعم من ذلك أى بقى بيع مجهول اما بجهالة المبيع فيما اذا اختلفا فى المبيع واما بجهالة الثمن فيما اذا اختلفا فى الثمن واما بجهالة المبيع والثمن معا فيما اذا اختلفا فيهما (فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة) بينهما (أو يقال اذا لم يثبت البدل) للتعارض بين قوليهما (يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولابد من الفسخ فى فاسد البيع) أى البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلابد أن يقوم القاضى مقامهما وفى المبسوط حل للمشترى وطء الجارية اذا كانت المبيعة فلو فسخ البيع بالتحالف لما حل للمشترى وطؤها كذا فى الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه) أى الناكل (جعل باذلا) لصحة البذل فى الاعواض (فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) أى بثبوت ماادعاه الآخر لعدم المعارضة أقول فى تقرير المصنف شئ وهو أنه ساق الدليل على أصل أبى حنيفة فقط حيث قال وجعل باذلا والنكول عندهما اقرار لا بذل كما مر فلا يتمشى ماذكره على أصلهما مع أن مسئلتنا هذه اتفاقية بين أئمتنا فكان الاحسن أن يقول لانه صار مقرا بما يدعيه الآخر أو باذلا كما قاله صاحب الكافى والامام الزيلعى ثم اعلم أن الامام الزيلعى زاد فى شرح هذا المقام من الكنز قيدا آخر حيث قال فلزمه اذا اتصل به القضاء وقال وهو المراد بقول المصنف لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيأ أما على اعتبار البذل فظاهر وأما على اعتبار أنه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (وان اختلفا فى الاجل) أى فى أصله أو قدره كذا فى الشروح (أو فى شرط الخيار) أى فى أصله أو قدره أيضا كذا فى معراج الدراية وغاية البيان (أو فى استيفاء بعض الثمن) وكذا الحكم فيما اذا اختلفا فى استيفاء كل الثمن لكن لم يذكره المصنف لان ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار بمنزلة سائر الدعاوى كذا فى النهاية ومعراج الدراية (فلا تحالف بينهما) عندنا وبه قال أحمد وقال زفر والشافعى ومالك يتحالفان ولو اختلفا فى أصل البيع لم يتحالفا بالاجماع كذا فى معراج الدراية ثم ان القول فى مسائل الكتاب لمنكر الاجل ولمنكر شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء وفى مسئلة الاختلاف فى أصل المبيع لمنكر العقد ذكر كلها ههنا فى الكافى وسيجئ بعضها فى الكتاب قال صاحب العناية واذا اختلفا فى الاجل فى أصله أو فى قدره أو فى شرط الخيار أو فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى وقال بعض الفضلاء هذا ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشترى اذا كان منكرا كما اذا كان مدعى الخيار هو البائع انتهى

يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لابد من الفسخ لانه لما لم يثبت مدعى كل منهما بقى بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة أو يقال اذا لم يثبت البدل بقى بيعا بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائما قال فى المبسوط حل للمشترى وطء الجارية اذا كانت المبيعة وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا لصحة البذل فى الاعواض واذا كان باذلا لم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض قال (واذا اختلفا فى الاجل الخ) واذا اختلفا فى الاجل فى أصله أو فى قدره أو فى شرط الخيار أو فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع وقال زفر والشافعى يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الأجل والاختلاف فى وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا

(قوله واذا اختلفا فى الاجل فى أصله أو فى قدره) أقول الضمير فى أصله وفى قدره راجع الى الاجل (قوله والقول قول البائع) أقول ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشترى اذا كان منكرا كما اذا كان مدعى الخيار هو البائع (قوله فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل الخ) أقول فيصير الاجل كالزداة حيث يزيد عدد الثمن بها فلا يرد أن الاجل على ماذكره يكون كالقدر

ولنا أنه هذا الاختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا

لان هـذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والابراء وهـذا لان بانعـدامه لا يختل مابه قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه) لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض

أقول هذا ظاهر ولكن الغالب أن صاحب العناية سلك ههنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور هـذه الصورة قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة (لان هذا) أي الاختلاف في الاجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن (اختلاف في غير المعقود عليه) وهو المبيع (والمعقود به) وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف عرف بالنص والنص انما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد اذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن وكأنه قيل اذا اختلف المتبايعان في المبيع أو في الثمن تحالفا فالاختلاف فيما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به هـذا زبدة ما في الشروح والكافي ههنا (فأشبه الاختلاف في الحط) أي في الحط من الثمن (والابراء) أي الابراء عن الثمن ولا تحالف في الاختلاف فيهما بل القول قول من أنكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الامور المذكورة (وهـذا) أي كون الاختلاف في الامور المذكورة اختلافا في غير المعقود عليه والمعقود به ويجوز أن يشار به الى الاقرب أي شبه الاختلاف في الامور المذكورة للاختلاف في الحط والابراء (لان بانعدامه) أي بانعدام ماذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن (لا يختل مابه قوام العقد) لان العقد بلا شرط وأجل جائز فاذا اختلفا في الشرط أو في الاجل وحالفا بقي العقد بلا شرط وأجل وانه لا يوجب الفساد وأما اذا اختلفا في المثمن أو الثمن وحالفا لم يثبت ما ادعاه أحدهما فيبقى الثمن أو المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد ووجه آخر وهو أن الاختلاف في الثمن أو المثمن يوجب الاختلاف في العقد ألا ترى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل واذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا أما الاختلاف في الشرط والاجل فلا يوجب الاختلاف في العقد ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بألف الى شهر وشهد الآخر أنه باعه بألف يقتضي بالعقد بألف حالة وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة كذا في النهاية نقلا عن جامع الامام قاضيخان (بخلاف الاختلاف في وصف الثمن) كالجودة والرداءة (أو جنسه) كالدراهم والدنانير (حيث يكون الاختلاف فيهما (بمنزلة الاختلاف في القدر) أي في قدر الثمن (في جريان التحالف لان ذلك) أي الاختلاف في وصف الثمن (يرجع الى نفس الثمن) أي الى الاختلاف في نفس الثمن (فان الثمن دين وهو) أي الدين (يعرف بالوصف) فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافهما في المعرف وهو الثمن (ولا كذلك الاجل) أي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن (لانه) أي الاجل (ليس بوصف) بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ونور هذا بقوله (ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه) أي بعد مضي الاجل ولو كان وصفا لتبعه كذا في الكافي قال في معراج الدراية كذا قيل وفيه نوع تأمل انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما) أي الخيار والاجل (يثبتان بعارض الشرط) أي بشرط عارض على أصل العقد (والقول لمنكر العوارض) والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لان

لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار في أن العقد بعدمهما لا يختل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن بالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل مابه قيام العقد

(قوله فيما يتم به العقد) أقول يدل عليه عنوان المتبايعين (قوله والوصف لا يفارق الموصوف) أقول مبنى على الفرق بين الوصف والعارض (قوله والحكم باستيفاء) أقول الظاهر في استيفاء (قوله بعض الثمن كذلك لان بانعدامه الخ) أقول الضمير في قوله بانعدامه راجع الى بعض الثمن

لبقاء مايحصل ثمنا ولو اختلفا فى استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى واذا اختلفا فى مضى الاجل فالقول للمشترى لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه قال (فان هلك المبيع ثم اختلفا الخ) فان هلك المبيع فى يد المشترى أو خرج عن ملكه أو صار بحال لايقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف والقول قول المشترى وقال محمد والشافعى يتحالفان (١٩٠) ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلائل الدالة على التحالف لاتفصل بين كون السلعة قائمة أو هالكة أما الدليل النقلى فهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه مافى الحديث الآخر من قوله والسلعة قائمة لانه مذكور على سبيل التنبيه أى تحالفا وان كانت السلعة قائمة فان عند ذلك تمييز الصادق من الكاذب فتحكيم قيمة السلعة فى الحال متأت ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه أولى وأما العقلى فما ذكره فى الكتاب أن كل واحد منهما يدعى عقدا غير الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما فى حال قيام السلعة فان قيل هذا قياس فاسد لانه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك أجاب بقوله (فانه) يعنى التحالف (يفيد دفع زيادة الثمن) يعنى أن التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا

قال (فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله والقول قول المشترى وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك) وهو قول الشافعى رحمه الله وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لايقدر على رده بالعيب لهما أن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن

بانعدامه لايختل مابه قوام العقد لبقاء مايحصل ثمنا كذا فى العناية (قال) أى القدورى فى مختصره (فان هلك المبيع ثم اختلفا) أى فان هلك المبيع بعد قبض المشترى ثم اختلفا فى مقدار الثمن كذا فى الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف والقول قول المشترى) أى مع يمينه (وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعى وعلى هذا) أى على هذا الخلاف (اذا خرج المبيع عن ملكه) أى ملك المشترى (أو صار) أى المبيع (بحال لايقدر) أى المشترى (على رده بالعيب) بحدوث عيب فى يده (لهما) أى لمحمد والشافعى رحمهما الله (ان كل واحد منهما) أى من البائع والمشترى (يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره) فان البيع بألف غير البيع بألفين ألا ترى أن شاهدى البيع اذا اختلفا فى مقدار الثمن لاتقبل الشهادة (وانه يفيد دفع زيادة الثمن) اعلم أن حل هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب ولهذا كان للشراح ههنا طرائق قددا ولم يأت أحد منهم بما يشفى العليل فقال صاحب النهاية أى وان التحالف يفيد اعطاء المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى عن الحلف فان فائدة اليمين النكول وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ما فائدة التحليف على قول محمد بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة فى التحالف فأجاب عنه وقال بل فيه فائدة وهى دفع المشترى الزيادة التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى فلذلك يتحالفان فان قيل هذا يحصل بتحليف المشترى حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشترى فان المشترى اذا نكل يجب الثمن الذى ادعاه البائع والبائع اذا نكل يندفع عن المشترى ما ادعاه البائع عليه من الزيادة فيتحالفان الى هنا كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المحال أقول فيه بحث أما أولا فلانه لما فسر الدفع الواقع فى كلام المصنف بالاعطاء على البائع أن يكون من دفع اليه لامن دفع عنه حيث قال أى وان التحالف يفيد اعطاء المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى عن الحلف وجعل مراد المصنف ان فائدة التحالف عند محمد هى اعطاء المشترى الزيادة التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى اتجه عليه السؤال الذى ذكره بقوله فان قيل بالضرورة ولم يدفعه ماذكره جوابا عنه أصلا لانه ان أراد أنه لايحصل تمام الفائدة التى حمل عليه مراد المصنف ههنا بتحليف المشترى فليس بصحيح اذلا شك أنه اذا حلف المشترى وحده ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاء زيادة الثمن التى يدعيها البائع وان أراد أنه لايحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشترى فلا يفيد شيئا فى دفع السؤال لان مورده ما حمل عليه مراد المصنف ههنا وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله فى الجواب والبائع اذا نكل الخ أنه اذا نكل

(قوله لبقاء مايحصل ثمنا) أقول فيه شئ يجوز دفعه بارجاع ضمير انعدامه الى الاستيفاء بعد

(قوله ثم اختلفا لم يتحالفا) أقول يعنى ثم اختلفا فى قدر الثمن (قوله يفيد دفع زيادة الثمن الخ) أقول فان قيل دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشترى ليس الا قلنا اذا حلف البائع بعد حلف المشترى يفسخ على القيمة ويندفع الزيادة المدعاة (قوله بالنكول) أقول أى بنكول المشترى وقوله بالنكول متعلق بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن (قوله واذا حلف البائع) أقول يعنى بعد حلف المشترى

بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح اذ قد تقرر
فيما مر أنه اذا نكل أحد المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الآخر فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى
البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله وان أراد به أنه اذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن
المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة يتجه عليه أن في هذه الصورة يندفع عن المشتري ذلك بحلفه
السابق فلا تأثير فيه لنكول البائع وأيضا يتجه على مجموع الجواب أن الامر الثاني وهو اندفاع الزيادة
عن المشتري يحصل بتحليف المشتري ان حلف كما ان الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على
المشتري يحصل بتحليفه ان نكل فتمام الفائدة الذي ذكره وهو أحد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف
المشتري وحده فلم تظهر فائدة تحليف البائع قط وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعني أن
التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى أقول
فيه أيضا بحث لانهما جعلا الدفع الواقع في كلام المصنف على معنى المنع حيث جعلاه من دفع
عنه كما ترى واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على ما ذهبا اليه أن نكول البائع انما
يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله لما بيناه آنفا وعند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة
أعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك وقال صاحب
العناية وانه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن
التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى
أقول وفيه أيضا بحث لانه جعل الدفع الواقع في كلام المصنف من دفع عنه كما ترى فالظاهر أن قوله
بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشتري وأن مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري
لان الذي يقتضي دفع زيادة الثمن عن المشتري انما هو نكول البائع وأما نكول المشتري فيقتضي
دفعه زيادة الثمن يعني اعطائه اياها فاذا يؤول قوله يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن
التي يدعيها البائع عليه بالنكول الى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد
على ذلك ويزداد اشكال قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة لان مدلوله أن يكون اندفاع
الزيادة المدعاة بحلف البائع ومدلول قوله السابق أن يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم أن يتحد
حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد فان قلت يجوز أن يكون معنى قوله اللاحق واذا
حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بان يفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله
السابق اذا نكل البائع تندفع الزيادة المدعاة عن المشتري بأن يقضى بما ادعاه المشتري وهو أقل
الثمنين لا بأن يفسخ البيع على قيمة الهالك فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين
وهو كاف قلت لا يتعين أن يكون قيمة الهالك أنقص مما ادعاه البائع بل يجوز أن تكون مساوية له
بل أزيد منه فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع الزيادة المدعاة فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق
على ما ذكر فان قيل يجوز أن تكون كلمة حلف في قوله واذا حلف البائع الخ على صيغة المبني للمفعول
من التفصيل وأن يكون المعنى واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة أي بنكول البائع لا بحلفه
فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله قلنا فحينئذ يلزم استدراك قوله اللاحق
لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب
العناية ههنا فقال في تفسير قوله بالنكول أي بنكول المشتري وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة
في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن وقال في تفسير قوله واذا حلف البائع يعني بعد حلف المشتري
وقال فان قيل دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس الا قلنا اذا حلف البائع بعد حلف المشتري
ينفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى أقول جميع ما ذكره ليست بشيء أما في تفسير قوله بالنكول

كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا ولزم المشترى رد القيمة ولابى حنيفة وأبى يوسف أن الدليل النقلى والعقلى يفصل بينهما فالحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع أما الاول فلان قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر يوجب اليمين على المشترى خاصة لانه المنكر فى هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم والسلعة قائمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد والتأسيس أولى على أنه اما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط وأما الثانى فلأن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشترى مايدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة أجاب بقوله والتحالف فيه أى فى حال القيام يفضى الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها ألا ترى أنه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس فى معناه فبطل الالحاق بالدلالة أيضا (قوله ولانه لايبالى) جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه وهو قول يوجب العلة

فيتحالفان كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشترى مايدعيه وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضى الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن فى معناه ولانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود

بنكول المشترى وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن فلانه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول أصلا لانه ان كان المعنى يدفع عن المشترى زيادة الثمن الكائنة أى الثابتة فى الواقع بنكول المشترى فلا وجه له لان زيادة الثمن ان ثبتت فى الواقع ثبتت بالعقد لا غير وان كان المعنى يدفع عن المشترى زيادة الثمن الثابتة فى علم القاضى بنكول المشترى فلا صحة له لان زيادة الثمن اذا ثبتت فى علم القاضى بنكول المشترى تجب على المشترى فكيف يدفعها التحالف عنه بل لا يتصور التحالف عند نكول المشترى أصلا على مامر غير مرة وأما قوله يعنى بعد حلف المشترى فلورود السؤال الذى ذكره بقوله فان قيل الخ عليه وأما جوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفا من أنه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز أن تكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل أزيد منها وقال صاحب غاية البيان قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن أى ان دعوى المشترى يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى أقول وفيه أيضا بحث لان دعوى المشترى لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاعطاء أو معنى المنع وانما الذى يفيد دفعها بينة المشترى أو حلفه ان كان المراد بالدفع معنى المنع ونكوله ان كان المراد به معنى الاعطاء على أن الذى يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشترى ولا بيان فائدة تحليفه فقط فلو كان مراد المصنف ماذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوى الافهام (فيتحالفان) هذا نتيجة الدليل المذكور (كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة) بان ادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فانهما يتحالفان ويلزم المشترى رد القيمة (ولابى حنيفة وأبى يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشترى مايدعيه وقد ورد الشرع به) أى بالتحالف (فى حال قيام السلعة) وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة فان قيل فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة أجاب بقوله (والتحالف فيه) أى فى حال قيام السلعة (يفضى الى الفسخ) فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه اليه (ولا كذلك بعد هلاكها) أى بعد هلاك السلعة (لارتفاع العقد) أى بالهلاك ألا ترى أنه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف اذا الفسخ لا يرد الا على ماورد عليه العقد (فلم يكن فى معناه) أى لم يكن وقت هلاك السلعة فى معنى وقت قيام السلعة فبطل الالحاق أيضا (ولانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود) هذا جواب عن قول محمد والشافعى ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره أى لا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشترى حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان

(قوله ولابى حنيفة وأبى يوسف الى قوله بالتفريق بينهما) أقول أنت خبير بأن الفاصل بينهما هو القياس على ماذكره لا الدليل النقلى (قوله وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام والسلعة قائمة) أقول فيه تأمل فان الفصل لا يفهم الا بطريق المفهوم وهو ليس بحجة شرعية فلا يلزم من الحاق المذكور فساد الوضع (قوله ولا كذلك بعد هلاكها) أقول الظهور أنه لا يعود الى كل منهما رأس ماله

أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا أفضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشترى وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم به ملكه وليس يدعى على البائع شيأ ينكره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان فى كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب وأجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثانى بأنه على الاختلاف والمذكور فى بعض الكتب قول محمد وقوله (وانما يراعى) جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن ومعناه أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم ليس منها فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس التحالف من موجبات العقد والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس

وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته

الامر على ما زعم هو أو البائع فلم يذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما فى ألف وألفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن لان البائع يدعى الدنانير والمشترى ينكر والمشترى يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشترى الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وههنا اتفقا على الالف وهو يكفى للصحة كذا قرر المقام فى الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافى وقال صاحب العناية فى تقريره قوله ولانه لا يبالى الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلم أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا أفضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشترى وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم به ملكه وليس يدعى على البائع شيأ ينكره ليجب عليه اليمين ثم قال ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان فى كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب وأجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثانى بأنه على الاختلاف والمذكور فى بعض الكتب قول محمد انتهى (وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) هذا أيضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعنى أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه هذا زبدة ما فى الشروح واعترض عليه بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى أقول مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم أن المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه اياه وليس المراد به ذلك قطعا اذ لا شك أن الذى من موجبات العقد هو ملك المشترى المبيع وقبضه اياه وأما ملك البائع المبيع وقبضه اياه فمن موجبات الفسخ دون العقد وهذا مما لا سترة به ثم ان قوله غايته أنه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب

(قوله أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا) أقول قال العلامة الزيلعى فى باب المرابحة ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر فان العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد ألا يرى أن الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وان المبيع بألف يصير بألفين بالزيادة فى الثمن وبخمسمائة بالحط انتهى وفيه تأمل فان الوكيل بالبيع بألف يجوز له البيع بألفين دلالة كما سبق تفصيله ولا يلزم منه اتحاد البيعين (قال المصنف وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد) أقول فيه تأمل (قوله ومعناه أن المراعى من الفائدة) أقول فيه بحث لانه ان أراد أن المراعى من الفائدة

التحالف لا يستقيم قوله لا يكون من موجبات العقد وهو ظاهر وان أراد أن المراعى من الفائدة العقد فليس الكلام فيه بل فى فائدة التحالف فليتأمل وجوابه أنا نختار الاول وعدم استقامة ذلك ممنوع (قوله فانه من موجبات النكول) أقول لعل المراد نكول البائع لظهور انه ليس موجب نكول المشترى لكن فيه تأمل فان الظاهر أنه موجب حلف المشترى وكيف يكون من موجبات النكول فانه اذا لم ينكل أحدهما بل حلف كل منهما يحصل دفع الزيادة المدعاة وجوابه انه مبنى على التنزل وارخاء العنان للخصم لكنه قال فى تقرير كلام محمد والشافعى واذا حلف البائع اندفعت الزيادة (قوله والنكول من موجبات التحالف) أقول فيه بحث (قوله فلا يترك به ما هو من موجباته الخ) أقول فيه أن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به (قوله وليس التحالف من موجبات العقد) أقول بل من موجباته فانه تبين بالتحالف فساده على ما مر فى الدرس السابق وموجب العقد الفاسد الفسخ (قوله والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول فيه تأمل فانه قبل القبض على وفاق القياس

وهذا إذا كان الثمن دينا فإن كان عينا يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل **قال** (وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك من الثمن وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي ولا شيء له **وقال** أبو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي

أنه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب بأن قال فيه تأمل فإنه قبل القبض على وفاق القياس انتهى أقول لم يعتبر التراد فائدة للتحالف إلا بعد القبض إذ الرد إنما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعا للنظر المذكور ثم لقائل أن يقول الظاهر أن للتحالف قبل القبض فائدة ما فأي شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة لأن موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وإنما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد (وهذا) أي وهذا الذي ذكرناه من الاختلاف في التحالف عند صورة هلاك المبيع (إذا كان الثمن دينا) أي ثابتا في الذمة بأن كان من الدراهم أو الدنانير أو المكيلات أو الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة (فإن كان عينا) أي فإن كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين (يتحالفان) أي بالاتفاق (لأن المبيع في أحد الجانبين قائم) فإن كل واحد من العوضين في بيع المقايضة مبيع وثمن ولا يتعين أحدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر في كتاب البيوع (فتتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد فيرد القائم (ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل) هذا إذا اختلفا في قدر البدل وإن اختلفا في كون البدل دينا أو عينا إن ادعى المشتري أنه كان عينا يتحالفان عندهما وإن ادعى البائع أنه كان عينا وادعى المشتري أنه كان دينا لا يتحالفان فالقول قول المشتري كذا في الكفاية (قال) أي القدوري في مختصره (وإن هلك أحد العبدين) أي بعد قبضهما كذا في الشروح (ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) يعني إذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفي الجامع الصغير القول قول المشتري) أي فيهما كذا في كثير من الشروح (مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك) وإنما أعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لأن لفظه يقتضي أن يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ القدوري الذي هو لفظ المبسوط يقتضي أن يكون المستثنى منه عدم التحالف لأن المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا (وقال أبو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي) قال صاحب العناية وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بالصحيح على ما سيأتي انتهى أقول يعني أن قوله ههنا يتحالفان في الحي ليس علا بس بالتفسير الصحيح للتحالف على قول أبي يوسف على ما سيأتي وهو أن يتحالفا على القائم والهالك معا لا أن يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم ولكن فيه نظر إذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سيأتي من التفسير الصحيح فإنه لم يقل ههنا يتحالفان على الحي حتى تكون كلمة على صلة التحالف فيؤول المعنى إلى التفسير الغير الصحيح بل قال يتحالفان في الحي فيجوز أن تكون كلمة في بمعنى اللام ويصير المعنى يتحالفان لأجل الحي كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وكما في الحديث أن امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما نص عليه في مغني اللبيب ولا يخفى أن كون تحالفهما لأجل الحي أي كون المقصود من تحالفهما فسخ العقد في الحي لا ينافي أن يتحالفا على

(وهذا) أي هذا الاختلاف (إذا كان الثمن دينا) ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة (فأما إذا كان عينا) بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين فإنهما (يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد (ثم يرد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن لم يكن) قال (وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا الخ) وإذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له) واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ في توجيه قوله أن يترك حصة الهالك وقوله أن يأخذ الحي ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعا قالوا معنى الأول أن يخرج الهالك من العقد وكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف إلى التحالف لأنه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا وعلى هذا عامتهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا

الحي

والقول قول المشتري مع يمينه الا أن يرضى البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيأ آخر زائدا على ما أقر به المشتري وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما أخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري وكلام المصنف يشير الى أن أخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما قيل والصحيح هو الثاني لان البائع لا يترك من ثمن الميت شيأ مما أقر به المشتري انما يترك دعوى الزيادة (وقال أبو يوسف يتحالفان في الحي و يفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك) وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح على ما سيأتي (وقال محمد يتحالفان عليهما) و يفسخ العقد فيهما (و يرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) والجواب أن هلاك البعض محوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل في المقسم عليه فلا يجوز (ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره) والجواب هو الجواب (ولابي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها) والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه لان التحالف في القائم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فتؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز

والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما و يرد الحي وقيمة الهالك) لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى ولابي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز

الحي والميت معا كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سيأتي بيانه (والقول قول المشتري في قيمة الهالك) هذا من تتمة قول أبي يوسف أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور لان قول المشتري انما يعتبر في حصة الهالك من الثمن الذي أقر به المشتري كما سيجيء تفصيله لا في قيمة الهالك فان القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما سيأتي حيث قال فان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى وعن هذا قال صاحب الكافي وقال أبو يوسف يتحالفان في الحي و يفسد العقد في الحي والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى (وقال محمد يتحالفان عليهما) أي على الحي والهالك (و يرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) قال صاحب العناية والجواب أن هلاك البعض محوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل في المقسم عليه فلا يجوز انتهى ورد عليه بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه (ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك) أي لاجل الهالك (فيتقدر بقدره) أي يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لان الحكم لا يزيد على العلة (ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة) يعني أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس في حال قيام السلعة (وهي) أي السلعة (اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لانعدام الكل بانعدام جزئه وما ثبت على خلاف القياس لا يتعدى الى الغير فحصل من هذا الدليل نفي القياس والجواب عن قول محمد رحمه الله كما لا يخفى (ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة) أي باعتبار القيمة كما سيأتي (وهي) أي القسمة (تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز) فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة بتمامها فحصل من هذا الدليل نفي الدلالة والجواب عن قول أبي يوسف كما ترى فان قلت ما الفرق لابي حنيفة بين هذه المسئلة و بين مسئلة الاجارة فيما اذا أقام القصار بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضا دون هلاك بعض المبيع قلت الفرق بينهما من

(قوله بل بطريق تصديق المشتري في قوله) أقول الضمير في قوله راجع الى المشتري (قوله لكان معلقا بمشيئتهما) أقول فيه أن أخذ الحي يكون معلقا بمشيئتهما البتة وانما الذي لا يتعلق بمشيئة المشتري أخذ ما أقر به من ثمن الهالك (قوله قيل والصحيح الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه بحث لانه يجوز أن يكون الهالك قيمته شيأ قليلا لصغره أو لكونه مريضا أو مؤفا وتكثر الرغبات في الحي وتزيد قيمته فيرضى البائع أن يأخذه صلحا عن جميع ما ادعاه طمعا في زيادة قيمة الحي فانه لولا الصلح لا يعطيه المشتري الحي اذ القول قوله مع يمينه فتأمل (قوله في قيمة الهالك) أي في حصة قيمته (قوله والجواب أن هلاك البعض الخ) أقول أنت خبير بان المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه والظاهر أن التعليل الاول لابي حنيفة للجواب عن محمد والثاني للجواب عن أبي يوسف لا كما فهمه الشارح

الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف لانه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى

حيث ان عقد البيع فى العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه فى البعض بالهلاك تعذر فى الباقى وأما عقد الاجارة ففى حكم عقود متفرقة تتجدد بحسب ما يقيم من العمل فيتعذر فسخه فى البعض لا يتعذر فسخه فى الباقى كذا فى الشروح ونقله صاحب النهاية عن اجارات المبسوط أقول لقائل أن يقول هذا الفرق انما يتمشى بالنظر الى الدليل الاول وأما بالنظر الى الدليل الثانى فلا لان عقد الاجارة وان كان فى حكم عقود متفرقة الا أنه فى الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه أجرة معلومة فلا بد من القسمة وهى بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل بعين ما قيل فى عقد البيع فينبغى أن لا يجوز أيضا (الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا) أى بالكلية (لانه حينئذ) أى حين أن يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية (يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان) أى اذا كان الامر كذلك فيتحالفان (وهذا) أى توجيه قوله الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) أى عامتهم (ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف) لانه هو المذكور فى الكلام فكان تقدير الكلام لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان (كما ذكرناه) أراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) أى قال هؤلاء المشايخ (ان المراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا) أقول كان الظاهر فى التحرير من حيث العربية والمعنى أن يترك لفظ معناه من البين أو أن يقال ان قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبى حنيفة والقول قول المشترى مع يمينه الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيأ زائدا على ما أقر به المشترى فحينئذ لا يمين على المشترى (لانه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى) قال صاحب العناية وكلام المصنف يشير الى أن أخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى فى قوله وترك ما يدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما انتهى وقال بعض الفضلاء فيه أن أخذ الحى يكون معلقا بمشيئتهما البتة وانما الذى لا يتعلق بمشيئة المشترى أخذ ما أقر به من ثمن الهالك انتهى أقول هذا ليس بشئ لانه ان أراد بقوله ان أخذ الحى يكون معلقا بمشيئتهما البتة انه كان فى الكتاب معلقا بمشيئتهما البتة فليس بصحيح لان المذكور فى الكتاب الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شئ له ولم يعلق فيه أخذ الحى الا بمشيئة البائع وان أراد به انه يكون فى الصلح معلقا بمشيئتهما البتة فليس بمفيد له أصلا بل هو مؤيد لما قاله شيخ الاسلام فان مراده أن أخذ الحى لو كان بطريق الصلح لكان معلقا فى الكتاب بمشيئتهما كما يكون فى

وتفطن بما ذكرنا ان أحد الدليلين المذكورين فى المتن لاثبات المدعى ينفى القياس وفيه اشارة الى الجواب عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا اذا أقام بعض العمل فى الثوب ثم اختلفا فى مقدار الاجرة ففى حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفى حصة ما بقى يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا دون هلاك أحد العبدين وبيان ذلك أن السلعة فى البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك فى البعض تعذر فى الباقى وأما الاجارة فهى عقود متفرقة تتجدد فى كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ فى بعض لا يتعذر فى الباقى والثانى ينفى الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى الجواب عن قول أبى يوسف ومحمد كما ذكرناه

(قوله فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا) أقول يعنى كصاحبيه ثم الضمير فى قوله فيه راجع الى استيفاء بعض المنفعة (قوله لا يتعذر الباقى) أقول فيه تأمل فان حصة الباقى يعلم بالحزر والظن وذلك مجهول فى المقسم عليه (قوله والثانى ينفى الالحاق بالدلالة الخ) أقول هذا معطوف على ما تقدم بخمسة أسطر وهو قوله ان أحد الدليلين المذكورين فى المتن لاثبات المدعى ينفى القياس الخ

(فاذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى أحدهما أو كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب (واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف) فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لان العقد ينفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم

ثم تفسير التحالف على قول محمد مابيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شئ فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم

في الصلح متعلقا بشيئهما البتة ولم يتعلق فيه الا بشيئة البائع (ثم تفسير التحالف على قول محمد مابيناه في القائم) أي في البيع القائم على حاله وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ وانما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (واذا حلفا ولم يتفقا على شئ) كان الاحسن في التحرير أن يقول واذا لم يتفقا على شئ وحلفا بتقديم لم يتفقا على شئ على حلفا في الوضع لتقدمه عليه في الطبع (فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما) أي أو ادعى كلاهما (يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكره فيكون القول قوله كما لو اختلفا في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد كذا في الشروح (واختلفوا في تفسيره) أي في تفسير التحالف (على قول أبي يوسف) قال في النهاية ومعراج الدراية لم يذكر تفسير التحالف على قول أبي حنيفة لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل أقول فيه شئ وهو أن هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل ان رضي البائع أن يترك حصة الهالك أصلا يتحالفان عنده أيضا على تخريج عامة المشايخ وقد ارتضى المصنف هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب أولا كما مر آنفا فكان لذكر تفسير التحالف عند أبي حنيفة أيضا مساغ وعن هذا أن الامام الزيلعي بعد أن ذكر في التبيين تفسير التحالف على قول محمد وعلى قول أبي يوسف قال وعند أبي حنيفة أن البائع اذا رضي أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لابي يوسف انتهى وقال في غاية البيان لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير فتفسيره على قولهما انتهى أقول هذا أقرب الى الحق مما سبق ولكن فيه أيضا شئ لا يخفى فالاولى أن يقال لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول أبي حنيفة مخصوصا بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول أبي يوسف (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع) ومنهم من قال يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والعقد ينفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف فالصحيح أن يحلف المشتري على الوجه المذكور في الكتاب (فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم) فان قلت أسند فسخ العقد ههنا اليهما كما ترى وفيما سبق الى القاضي حيث قال وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما فما التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضي بينهما ان لم يفسخا بأنفسهما يرشد اليه أن الشراح قالوا في شرح ذلك المقام فسخ القاضي العقد بينهما ان طلبا أو طلب أحدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب انتهى اذ لا يخفى أن الفسخ اذا كان حقهما

(قوله وهذا ليس بصحيح الى قوله وكان صادقا) أقول لم لا يجوز أن يحلف المشتري أن حصته ليست بألف والبائع أن حصته ليست بخمسمائة ولا يرد ما يقال لكن يمكن أن يقال بل يرد أيضا فان ما يخص كل واحد منهما لا يعرف الا بالحدس والتخمين فتجاسر كل منهما على اليمين لانتفاء كذبه بيقين

وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك) من الثمن الذى يقر به المشترى ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده (ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشترى نصف الثمن الذى أقر به المشترى ويسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على أن قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشترى ثلث ما أقر به من الثمن (وان اختلفا) فى ذلك فقال المشترى كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول للبائع) لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره وطولب

وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض (وان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع

فهما يقدران على احداثه بانفسهما ومعنى ما ذكرهنا ينفسخان العقد ان أرادا الفسخ بانفسهما على نهج قوله عليه السلام تحالفا وترادا وهذا لا ينافى أن يفسخه القاضى أيضا فيما اذا لم يفسخاه بانفسهما بل طلباه أو طلبه أحدهما من القاضى وسيأتى التصريح من الشراح فى مسئلة التحالف بالاقالة بتساوى فسخ القاضى وفسخهما بانفسهما (وتسقط حصته) أى حصة القائم (من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك) من الثمن الذى أقر به المشترى ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده كذا فى العناية (وتعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشترى نصف الثمن الذى أقر به المشترى ويسقط عنه نصف ذلك الثمن وان تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على أن قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشترى بقدرها حصة من الثمن الذى أقر به ويسقط عنه الباقى من ذلك الثمن (وان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشترى كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول قول البائع) مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب الثمن الذى أقر به المشترى ثم المشترى يدعى سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد فى حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا حتى قال محمد قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد الى جوابه ثم قال والذى يخايل لى بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف أما فى الحى منهما

بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد فى حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات وقال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد الى جوابه ثم قال والذى يخايل لى بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف أما فى الحى منهما فظاهر وكذلك فى الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ من الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فى الهالك وهو اعتبار قيمته

فظاهر

(قوله دل على ذلك مسائل الزيادات) أقول فى باب الزيادات فى البيع من كتاب البيوع (قوله وهو التحالف) أقول قوله هو راجع الى ما فى قوله ما يوجب الفسخ الخ (قوله أما فى الحى) أقول أى أما كون التحالف موجبا للفسخ فى الحى (قوله لمكان الهلاك) أقول الذى هو مانع (قوله ما هو من لوازم الفسخ) أقول أى من روادفه وتوابعه وليس المراد اللازم المنطقى ثم أقول قال محمد فبأى ذلك وجد عيبا يرده بحصته من الثمن فالعيب ان كان مما يوجب الفسخ لم يصح قولنا ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وان لم يكن مما يوجبه يحتاج الى الفرق بين ما فى الزيادات والمسئلة المنقولة من بيوع الاصل اذ قد اعتبر فيها قيمة الهالك يوم القبض كما صرح به فى النهاية

وأيهما أقام البينة تقبل بينته وان أقاماها فبينة البائع أولى) وهو قياس ماذكر في بيوع الاصل (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ماهلك عنده و يسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما

فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ماهو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو قول محمد حتى قال يضمن المشترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض كذا في النهاية وأكثر الشروح أقول في التوجيه الذى ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ماوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد في حق الميت على قول أبي يوسف ممنوع لان ماوجب ذلك فيما نحن فيه انما هو التحالف كما صرح به والتحالف انما يجرى عنده في الحى دون الميت وتعذر الفسخ في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف ألا ترى أن محمدا لما أجاز التحالف على الهالك أيضا أجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعا عنه فاذا لم يتحقق التحالف في الهالك على قول أبي يوسف وتعذر الفسخ فيه أيضا فما الباعث على اعتبار ماهو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضى اعتباره سيما عند تحقق مايقتضى اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد ثم ان صاحب العناية قال بعد نقل مافي تلك الشروح وأقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد مايوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ و بانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ انتهى أقول وفيه أيضا نظر لان قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير تام لان اتحاد الصفقة انما يقتضى انفساخ العقد في الهالك بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فانه حينئذ يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز وأما اذا وقع الفسخ بعد قبضهما فلا يقتضى ذلك فان اللازم حينئذ تفريق الصفقة بعد تمامها اذهى تتم بالقبض وهو جائز ألا يرى الى مامر في باب خيار العيب من أن من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا فانه يفسخ العقد في المعيوب خاصة عند أئمتنا الثلاثة بناء على أن تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز والمسئلة فيما نحن فيه مفروضة فيما اذا هلك أحد العبدين بعد قبضهما كما تبين في صدر المسئلة فلا يتم التقريب (وأيهما أقام البينة تقبل بينته) لانه نور دعواه بالحجة (وان أقاماها فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشترى يدعى زيادة في قيمة القائم فوجب أن تقبل بينته لاثباتها الزيادة قلنا ان الذى وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ماوقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت أولى بالاعتبار كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المرغيناني وقاضيخان (وهو) أى ماذكر من قول أبي يوسف وتفريعاته (قياس ماذكر في بيوع الاصل) أى المبسوط (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ماهلك عنده ويسقط عنه ثمن مارده وينقسم الثمن على قيمتهما) أى يوم القبض كذا في النهاية

يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال يضمن المشترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتهما يوم القبض هذا ماقاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين وأقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد مايوجب فسخ العقد فانه تعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ (وأيهما أقام البينة تقبل بينته) لانه نور دعواه بالحجة (وان أقاماها فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشترى زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ماكان في قيمة الهالك ثم ذكر المصنف ماهو على قياسه من بيوع الاصل وهو ظاهر مما ذكرنا

وذكر الفقه في أن القول ههنا قول البائع والبينة أيضا بينته مع أن المعهود خلاف ذلك اذ البائع اما أن يكون مدعيا أو مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين اذا أنكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك أن كلا من اليمين والبينة ينبني على أمر جاز أن يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك فبني الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل أو تلجئة أو غير ذلك واذا ظهر هذا جاز أن يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة اذ هو أعلم بحال نفسه وأن تقبل بينته لانه مدع في الظاهر واذا أقاما البينة ترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وفي كلامه نظر لانه علل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو مفرع على المدعى فان توجه اليمين على أحد العاقدين دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة ويمكن أن يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين (قوله وهذا) أي ما ذكر في الاصل (يبين معنى ما ذكرناه) من قول أبي يوسف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير قال (ومن اشترى جارية الخ) ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان

فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع) لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر (وان أقاما البينة فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا لفقه وهو أن في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف قال (ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول)

(فان اختلفا في قيمة الهالك) أي في مسئلة الاصل (فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان أقاما البينة) أي في مسئلة الاصل (فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك والبينات شرعت للاثبات فما كان أكثر اثباتا كان أولى قال المصنف (وهذا لفقه) أي اعتبار بينة البائع ويمينه لمعنى فقهي (وهو أن في الايمان تعتبر الحقيقة) أي حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة واستدل المصنف عليه بقوله (لانها) أي الايمان (تتوجه على أحد العاقدين) أي لا على الوكيل والنائب (وهما) أي المتعاقدان (يعرفان حقيقة الحال) لان العقد فعل أنفسهما والانسان أعرف بحال نفسه (فيبنى الامر عليها) أي على الحقيقة (والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله) لانه ينكر سقوط الزيادة (وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال) لانهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل أنفسهما فيجوز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك (فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا) أي كما اعتبر يمينه (وتترجح) أي تترجح بينته على بينة المشتري (بالزيادة الظاهرة على ما مر) وهو قوله لانها أكثر اثباتا ظاهرا (وهذا) أي ما ذكر في بيوع الاصل (يبين لك معنى ما ذكرناه في قول أبي يوسف) رحمه الله في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في بيوع الجامع الصغير (قال) أي محمد في بيوع الجامع الصغير (ومن اشترى جارية وقبضها) أي ونقد ثمنها كذا في الشروح وفي أصل الجامع الصغير (ثم تقايلا) ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة كذا في الشروح وسيشير اليه المصنف بقوله والمسئلة مفروضة قبل القبض (ثم اختلفا في الثمن) فقال المشتري كان الثمن ألفا فعليك أن ترد الالف وقال البائع كان خمسمائة فعلي رد الخمسمائة (فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول) حتى يكون حق البائع في الثمن وحق

ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة

ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما أو فسخها القاضي لانها كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها أجاب بقوله

(قوله فبني الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام الخ) أقول لا يخفى عليك أن القيمة تعرف بالحزر والظن فالحلف يلزم الاقدام على اليمين بجهالة (قوله لانه منكر حقيقة اذ هو أعلم بحال نفسه) أقول فيه شئ

ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد فى البيع المطلق والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين وانما أثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على مامر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى قال (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا

وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الاقالة معناه يعود البيع الاول اذا فسخ القاضى أو فسخا بانفسهما الاقالة لان الاقالة كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن صدر الاسلام ولما استشعر أن يقال النص الوارد فى حق التحالف وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف فيه) أى فى التقايل (بالنص لانه ورد فى البيع المطلق) أى فى البيع من كل وجه (والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين) وان كان بيعا جديدا فى حق غيرهما فان قلت قوله والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين انما يمشى على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبى يوسف فان الاقالة عنده بيع فى حق المتعاقدين أيضا والمسئلة التى نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية قلت كلام المصنف هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفا وذلك السؤال انما يكاد يتوجه على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبى يوسف كما لا يخفى فبنى الجواب أيضا على أصلهما دون أصله فتدبر (وانما أثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض) أى قبل قبض البائع الجارية بحكم الاقالة (والقياس يوافقه على مامر) أى فى أول الباب (ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض) توضيح لقوله وانما أثبتناه بالقياس يعنى اذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الاجرة يجرى التحالف بينهما (والوارث على العاقد) أى ونقيس الوارث على العاقد يعنى اذا اختلف وارث البائع والمشترى فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما (والقيمة على العين) أى ونقيس القيمة على العين (فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى) يعنى اذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص اذ ذاك معقول المعنى وفى غاية البيان وهذه هى النسخة المقابلة بنسخة المصنف وفى بعض النسخ فيما اذا استهلك المشترى وفى بعضها فيما اذا استهلك المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخارى على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشترى انتهى وفى معراج الدراية الصواب اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف أو الصواب استهلك المشترى بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشترى على صيغة المفعول انتهى (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا) يعنى أن محمدا يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا معلولا بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا أو غير مقبوض قال بعض الفضلاء فان قيل الاقالة بيع عند أبى يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضا قلنا لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة انتهى أقول جوابه ساقط جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع

(وانما أثبتناه بالقياس لان مانحن فيه من مسئلة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على مامر ولهذا نقيس الاجارة) اذا اختلف الآجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الاجرة (على البيع قبل القبض والوارث على العاقد) اذا اختلفا فى الثمن قبل القبض (والقيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى) يعنى اذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشترى لكون النص اذ ذاك معقول المعنى (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا) لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا أو غير مقبوض

قال المصنف (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة الخ) أقول فان قيل الاقالة

بيع عند أبى يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضا قلنا لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة فليتأمل (قوله لما يدعيه الآخر) أقول هو العقد كما مر

قال (ومن أسلم عشرة دراهم الخ) ومن أسلم عشرة دراهم فى كرحنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة فى باب السلم لا تحتمله لكونها فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة فى البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشترى بعد عوده الى البائع ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب يعنى قضى القاضى (٢٠٢) بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا ترفع الاقالة ولا يعود السلم ولو كان ذلك فى بيع

قال (ومن أسلم عشرة دراهم فى كرحنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم) لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة فى البيع ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال (واذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج انه تزوجها بألف وقالت تزوجنى بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته) لانه نور دعواه بالحجة

الخلاف فى كون الاقالة بيعا مانعا عنده عن أن يتناولها النص الوارد فى البيع المطلق فى حق حكم التحالف فكان ذلك مانعا عنده عن أن يتناولها النصوص الواردة فى حق سائر أحكام البيع المطلق أيضا مع أن أحكام البيع المطلق جارية بأسرها فى الاقالة عنده على ما تقرر فى بابها ثم أقول فى دفع سؤاله ان أصل أبى يوسف فى الاقالة هو أنها بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا كالاقالة قبل القبض فى المنقول فتجعل فسخا كما بينوا فى باب الاقالة وفيما نحن فيه لما اختلفا فى الثمن ولم يثبت قول أحدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده أيضا لا بالنص ولا بالقياس (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (ومن أسلم عشرة دراهم فى كرحنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن) أى فى رأس المال فقال المسلم اليه كان رأس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة (فالقول قول المسلم اليه) أى مع يمينه لان رب السلم يدعى عليه زيادة وهو ينكر (ولا يعود السلم) أى لا يتحالفان ولا يعود السلم (لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض) أى الفسخ يعنى أن المقصود من التحالف الفسخ واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا والاقالة فى باب السلم لا تحتمله (لانه) أى الاقالة فى باب السلم ذكر الضمير بتأويل التقايل (اسقاط) للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود (فلا يعود السلم بخلاف الاقالة فى البيع) فانها تحتمل الفسخ ويعود المبيع الى المشترى بعد عوده الى البائع لكونه عينا قائما ونور هذا بقوله (ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب) أى فقضى القاضى بالرد بالعيب على رب السلم (وهلك) أى فى يد المسلم اليه (قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين يعود البيع دل) أى دل هذا الذى ذكر (على الفرق بينهما) أى بين السلم والبيع فان قيل ما الفرق لمحمد بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فى مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان فى اقالة السلم اذا اختلفا فى مقدار رأس المال وان فات المعقود عليه فى الفصلين جميعا قلنا الاقالة فى السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى فى البيع لا فى الفسخ كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجنى بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته) قال المصنف فى تعليله (لانه نور دعواه بالحجة) قال الشراح أما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعى الزيادة

العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعى عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر وأما هو فلا يدعى على رب السلم شيأ لان المسلم فيه قد سقط بالاقالة قيل المعقود عليه قد فات فى اقالة السلم وفيما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فما الفرق لمحمد فى اجراء التحالف فى صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم وأجيب بأن الاقالة فى السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى فى البيع لا فى الفسخ قال (واذا اختلف الزوجان فى المهر الخ) اذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجنى بألفين فأيهما أقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة أما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعى الزيادة وانما الاشكال فى قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع فى الصورة وهى كافية لقبولها كما ذكرنا

(قوله لان فائدة التحالف الفسخ) أقول لقوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا ولكن بقى ههنا بحث لانه ان أراد كليا فممنوع والسند التحالف اذا اختلفا فى المهر وان أراد جزئيا فسلم ولا يفيده وجوابه يعلم من تعليل الاختلاف فى المهر فافهم (قوله لا ترتفع الاقالة) أقول ينبغى أن يرفع من هنا (قوله وأجيب بأن الاقالة فى السلم الخ) أقول فيه أن محمدا يرى النص معلولا وذلك التعليل جار هنا فان كلا منهما يدعى عقدا غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره وسيجىء جوابه فى درس الاختلاف فى الاجارة

(وان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته (وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح) لان أثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على مامر فيفسخ

وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها انتهى (فان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) هذا من تمام كلام القدوري قال المصنف في تعليله (لانها) أي لان بينة المرأة (تثبت الزيادة) وقال في توجيهه (معناه اذا كان مهر مثلها) أي مهر مثل المرأة (أقل مما ادعته) وقال صاحب العناية في تفصيل المسئلة وان أقاما فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أولا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى أقول في تحريره خلل حيث حكم في الاول على الاطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك بل الاول أيضا لا يخلو من أن يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه ومن أن يكون أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فتتعارض بينتاهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحط فيتهاتران فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتبرة حتى المتون في باب المهر بل صرح به صاحب العناية أيضا في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب وأما قول المصنف معناه اذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته فليس بهذه المثابة من الخلل اذ يمكن أن يكون مراده به مجرد الاحتراز عما اذا كان أكثر مما ادعته لا التعميم لقسمي كون مهر مثلها أقل مما ادعته بخلاف تحرير صاحب العناية فان عبارة لا يخلو في قوله وان أقاما فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أولا تقتضي شمول الاقسام كما لا يخفى على ذوي الافهام ولقد أحسن الامام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فللمرأة هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما يدعي الزوج أو أقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه المرأة أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان أقل مما ادعته المرأة وأكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح أنهما يتهاتران لانهما استويا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون احداهما أولى من الاخرى انتهى (وان لم يكن لهما بينة) أي عجزا عن اقامة البينة (تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان أثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه) أي في النكاح فلا حاجة الى الفسخ (بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده) لبقائه بيعا بلا ثمن وهو فاسد (على مامر) أي في كتاب البيوع بل في هذا الباب أيضا حيث قال أو يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد (فيفسخ) أي البيع قال صاحب النهاية فان قلت النص بشرعية التحالف انما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع الى النكاح أو نقول ان التحالف انما شرع في عقد يحتمل الفسخ لما أن الفسخ من أحكام التحالف ولا فسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب أن لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه قلت أما الاول وهو ورود النص في البيع فقلنا ان المعنى الموجب للتحالف هنالك موجود ههنا من كل وجه فيثبت التحالف في النكاح أيضا بدلالة النص وذلك لان الموجب للتحالف هنالك هو أن كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يمكن ترجيح أحدهما على الآخر في الدعوى والانكار لتساويهما فيهما فلذلك قوبلت بينتهما او يمينهما لان كل واحد

(وان أقاما) فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أولا فان كان الاول (فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة) وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل (وان عجزا عنها تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان أثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته) لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح (فينفسخ) البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه لكن فائدته فسخ العقد والنكاح ههنا لا يفسخ أجيب بأن موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو ههنا موجود فالحق به وانما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه أن الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا أصليا يصار اليه عند انعدام التسمية هذا على طريق تخصيص العلل والمجوز مخلص ومخلص غيره معلوم

(قال المصنف معناه اذا كان مهر مثلها أقل الخ) أقول قال أكمل الدين وان لم يكن أقل فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى قال الامام التمرتاشي وقيل بينتها أولى لانها تثبت الزيادة انتهى ولا يخفى عليك أن اطلاق القدوري يلائم هذا القول فقول المصنف ومعناه محل كلام

(ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج) لان الظاهر شاهد له (وان كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضى بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل) لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رحمه الله ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخى رحمه الله لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا يقدم فى الوجوه كلها

منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر وأما الثانى وهو أن الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت ههنا وجوابه مذكور فى الكتاب وايضاح ذلك هو أن التحالف انما أوجب الفسخ فى التحالف لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم اخلاء العقد عن البدل والبدل اذا خلا فى البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ وأما النكاح اذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية واذا لم يفسد النكاح لا يفسخ اذ الفسخ انما كان بسبب الفساد فافترقا الى هذا أشار فى الفوائد الظهيرية انتهى وقد اقتفى أثره فى هذين السؤالين وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول فى كل واحد من الجوابين بحث أما فى الاول فلان المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان ترجيح أحدهما على الآخر انما يوجد ههنا قبل تسليم المرأة بضعها الى الزوج وأما بعد التسليم فلا يوجد لان الزوج لا يدعى على المرأة حينئذ شيئا اذ المعقود عليه سالم له بقى دعوى المرأة فى زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر فى الاختلاف فى البيع بعد القبض والمسئلة فيما نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هى عامة لما قبل القبض وما بعده بل كانت مصورة فى بعض الشروح بصورة تختص بما بعد القبض فبقى السؤال فى هذه الصورة الاعلى قول محمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا كما مر وأما فى الثانى فلان حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ فى النكاح وهو لا يدفع السؤال اذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع أو التردد فى عدم ثبوت الفسخ فى النكاح بل حاصله أن التحالف انما شرع لحكمه وهو الفسخ فاذا لم يثبت الفسخ فى النكاح ينبغى أن لا يجرى فيه التحالف أيضا ويؤيده أن التحالف لم يجر فيما اذا اختلفا فى الاقالة فى السلم لعدم احتمال الاقالة فى باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسئلتنا هذه فتأمل (ولكن يحكم مهر المثل) هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أى لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فان كان) أى مهر المثل (مثل ما اعترف به الزوج أو أقل) أى مما اعترف به الزوج (قضى بما قال الزوج لان الظاهر) أى ظاهر الحال (شاهد له) أما فى صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل وأما فى صورة كون مهر المثل أقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله أقرب الى مهر المثل من قولها (وان كان) أى مهر المثل (مثل ما ادعته المرأة أو أكثر) أى مما ادعته المرأة (قضى بما ادعت المرأة) لان الظاهر شاهد لها حينئذ لمثل ما بيناه آنفا (وان كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل) أى بسبب حلف الزوج (ولا الحط عنه) أى بسبب حلف المرأة (قال) أى المصنف (ذكر) أى القدورى (التحالف أولا ثم التحكيم وهذا) أى ما ذكره القدورى (قول الكرخى لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لانه موجب نكاح لا تسمية فيه (وسقوط اعتبارها بالتحالف) أى وسقوط اعتبار التسمية انما هو بالتحالف (فلهذا يقدم) أى التحالف (فى الوجوه كلها)

كذلك وان كان أكثر مما اعترف به وأقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف رحمه الله ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخى لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لانه موجب نكاح لا تسمية فيه (وسقوط اعتبارها) انما هو (بالتحالف فلهذا يقدم) التحالف (فى الوجوه كلها) يعنى فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان بينهما فهى خمسة وجوه وأما فى قول الرازى فلا تحالف الا فى وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله أو أقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته أو أكثر قال فى النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل فى الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه

(قال المصنف وسقوط اعتبارها بالتحالف) أقول لو سقط اعتبارها بالتحالف لكان الواجب فى الصور الخمس مهر المثل يعنى لظهور أن فى التحكيم اعتبار التسمية فليتأمل وجوابه أن المراد أخذنا باقراره

وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما وأقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام وان أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب

و يبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف فلا نعيده

يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه (و يبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول) لان أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفتاوى الظهيرية (كما في المشتري) أي كما يبدأ بيمين المشتري على القول الصحيح تعجيلا لفائدة النكول كما مر (وتخريج الرازي بخلافه) أي تخريج أبي بكر الرازي بخلاف قول الكرخي فان الرازي يقول بتحكيم مهر المثل أولا فاذا شهد مهر المثل لاحدهما ثم يقول بالتحالف اذا لم يشهد ذلك لاحدهما قال المصنف (وقد استقصيناه) أي تخريج الرازي (في النكاح) أي في كتاب النكاح (وذكرنا خلاف أبي يوسف) وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج الا أن يأتي بشيء قليل وفي رواية الا أن يأتي بشيء مستنكر وتكلموا في تفسيره على ما مر بيانه في كتاب النكاح (فلا نعيده) أي لا نعيد ذكر خلافه ههنا قال صاحب النهاية وهذا أي قول الرازي هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره الامام قاضيخان والمحبوبي انتهى وقال صاحب غاية البيان قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما تنعدم التسمية بالتحالف لانه حينئذ يكون كأن العقد لم يكن فيه تسمية أصلا فيصار الى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى وقال صاحب العناية أقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام وان أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لا لايجابه وأما تحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى وأنا أقول ان قوله ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام ليس بصحيح اذ لا مجال لارادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لانهم ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافي كون غيره أصح بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند اليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى فاذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز أن يتصف غيره بالاصحية والاتصاف بالاصحية يستلزم الاتصاف بأصل الصحة لانها زيادة الصحة اللهم الا أن يكون مراده لا كلام في المراد لا في الارادة فتأمل ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى وأقول في جوابه تحكم حيث جعل مهر المثل أمرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة أمرا مظنونا غير مفيد للمعرفة والحال أنهما ان كانا متفاوتين في المعرفة فمهر المثل أخفى من القيمة اذ قد تقرر في باب المهر أن مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم أبيها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة ولا يخفى أن معرفة هذه الشرائط عسر جدا بخلاف القيمة اذ يكفي فيها نوع خبرة بأحوال الامتعة كما لا يخفى فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا قلنا القضاء هناك بما يدعيه أحدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته مهرا بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى

النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لا لايجابه وأما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل أن يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما (ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول) فان أول التسليمين عليه (كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه) وهو التحكيم أولا ثم التحليف (كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف) وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا أن يأتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر (فلا نعيده

(قوله وذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله وأقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز الخ) أقول فيه بحث (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل الخ) أقول فيه شيء ظاهر بل الفارق ان الواجب الاصلي في باب النكاح هو مهر المثل بخلاف البيع فان الاصل فيه هو الثمن المسمى (قوله في باب المهر) أقول متعلق بما سبق من قوله كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف

(ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا أن قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها) لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة (وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) معناه اختلفا في البدل أو في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على مامر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة (فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر) لانه منكر لوجوب الاجرة

وقال صاحب النهاية الى هذا أشار في الفوائد الظهيرية (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعني أنه يحكم مهر المثل أولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم كذا في العناية (الا أن قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها) أي للمرأة (قيمتها) أي قيمة الجارية (دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد) أي التراضي (فوجبت القيمة) أي قيمة الجارية (وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (معناه اختلفا في البدل) أي الاجرة (أو في المبدل) أي المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن اختلافهما في الاجل فانه لا يجري التحالف بينهما فيه بل القول فيه قول من ينكر الزيادة كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الظاهر كان أن يزيد المصنف على قوله في البدل أو المبدل أو فيهما كما زاده صاحب الكافي ليتناول الصور الثلاثة الآتية فكأنه أراد بقوله في البدل أو المبدل منع الخلو احترازا عما ذكرناه آنفا لا منع الجمع فيتناولهما أيضا فتدبر (لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس) من حيث ان كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من أنكر (على مامر) أي في أول هذا الباب (والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) من حيث ان كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع (وكلامنا قبل استيفاء المنفعة) لان وضع مسئلتنا في الاختلاف في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فيجري التحالف ههنا كما جرى ثمة فان قيل قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجري فيها التحالف قلنا في معدوم يجري التحالف كما في السلم وان العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين (فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة) أي لوجوب زيادة الاجرة على حذف المضاف قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة فان قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجبت الاجرة على المستأجر بعده أجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف انتهى وقد اقتفى أثره الشارح العيني أقول في الجواب بحث من وجوه الاول ان المؤجر وان لم يمتنع من تسليم العين المستأجرة بما ادعاه من الاجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستأجر منها فان تسليمه اياها وان لم يتوقف على قبض الاجرة الا أنه يتوقف على تعينها والا لم يكن المؤجر منكرا لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستأجر فيلزم أن لا تكون الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف والثاني أن ما ذكره ههنا منقوض بما اذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فان المشتري هنالك أيضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على أن

ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعني انه يحكم مهر المثل أولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال فخر الاسلام وهو تخريج الرازي وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم الا أن قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال (وان اختلفا في الاجارة الخ) اذا اختلفا في الاجارة في البدل أي الاجرة أو المبدل فاما أن يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه أو بعد ذلك أو بعد استيفاء بعضه

فمن أقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة وان أقاماها فان كان الاختلاف في الاجرة فبينة المؤجر أولى لانها تثبت الزيادة وان كان في المنفعة فبينة المستأجر كذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل أن يدعي هذا شهرا بعشرة وذاك شهرين بعشرة فيقضي بشهرين بعشرة وان عجز اتحالفا وترادا في الاول

(وان وقع في المنفعة بدأ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة قبلت ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستأجر أولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة قال (وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر

تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه بيمين المشتري كما يبدأ بيمينه في صورة الاختلاف في الثمن ويعلل بتعجيل فائدة النكول والثالث ان قوله فبقي انكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف ان أراد به أنه لا انكار للمؤجر أصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح اذ يلزم حينئذ أن لا يحلف المؤجر أصلا فيختل وضع المسئلة لان وضعها في التحالف لا في حلف الواحد وان أراد به أن للمؤجر أيضا انكارا الا أن في انكار المستأجر ما يقتضي البدء بيمينه فهو أول المسئلة ولم يظهر بعد ثم ان تاج الشريعة أجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال ولان الاجارة اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس أن لا يغير حكم النص في الفرع بل يعدي حكم الاصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى أقول وفيه أيضا بحث لان هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية وهي ما اذا وقع الاختلاف في المنفعة فانه يبدأ فيها بيمين المؤجر فيلزم مما ذكر أن يغير فيها حكم النص وأن لا يعدي حكم الاصل بعينه فان حكمه أن يبدأ بيمين المشتري من غير فصل بين أن يقع الاختلاف في البدل وأن يقع في المبدل على ما مر ثم ان التحقيق أن حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين عند اختلافهما في العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما وانما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص في شيء من الصورتين ولا يتم الجواب (وان وقع) أي الاختلاف (في المنفعة بدئ بيمين المؤجر) لانه منكر لزيادة المنفعة (وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه) لان نكوله بدل أو اقرار على ما مر (وأيهما أقام البينة قبلت) لانه نور دعواه بالحجة (ولو أقاماها) أي البينة (فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف في الاجرة) لان بينته تثبت الزيادة حينئذ (وان كان) أي الاختلاف (في المنافع فبينة المستأجر) أي فبينة المستأجر أولى لانها تثبت الزيادة حينئذ (وان كان فيهما) أي وان كان الاختلاف في الاجرة والمنافع معا (قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا) أي المؤجر (شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة) لا يقال كان الاحسن أن يقدم ذكر أحوال اقامة البينة على ذكر أحوال اليمين والنكول لان المصير الى اليمين بعد العجز عن اقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المصنف الامر لانا نقول العمدة في هذا الباب بيان أمر التحالف وباقي الاقسام استطرادي فقدم الاهم في هذا المقام فكان صاحب العناية لم يتنبه لهذه النكتة حيث غير أسلوب المصنف فقدم ذكر أحوال اقامة البينة (قال) أي القدوري في مختصره (وان اختلفا بعد الاستيفاء) أي بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه (لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر

لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجبت الاجرة على المستأجر بعده أجيب بأن الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف وان وقع الاختلاف في المنفعة بدئ بيمين الآجر لذلك وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستأجر

(قوله هذا شهرا بعشرين وذاك الخ) أقول قوله هذا اشارة الى المؤجر وذاك اشارة الى المستأجر (قوله يقبل الفسخ) أقول والاجارة بعد الاستيفاء لا تقبل الفسخ (قوله واجب أولا على الآجر) أقول فهو أسبق انكارا (قوله فيبدأ به) أقول مع تعجيل فائدة النكول أيضا (قوله لان تسليمه لا يتوقف الخ) أقول لكن يتوقف على تعيينها فيمتنع قبله كيف ولو صح ما ذكره لم يكن المؤجر في معنى البائع اذ لا ينكر حينئذ وجوب تسليم المعقود عليه بما عين من الاجرة فلا يستقيم القياس هذا خلف

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على أصلهما وكذا على أصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الاجارة أما المعقود عليه وهو المنفعة فلأنه عرض لا يبقى زمانين وأما ما يقوم (٣٠٨) مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما أن لا عقد بينهما لانفساخه من أصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وفي الثالث يتحالفان ويفسخ العقد فيما بقي لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة الى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق بخلاف البيع لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال (واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة الخ) اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع بينهما أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في

(وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر) لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال (واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا

(وهذا) أي عدم التحالف ههنا (عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما) وقد هلك المعقود عليه ههنا بعد الاستيفاء لانه المنفعة وهي عرض والعرض لا يبقى زمانين (وكذا على أصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له) أي للمبيع (قيمة تقوم مقامه) لان العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها (فيتحالفان عليها) أي فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة (ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد) بناء على أن فائدة التحالف هي الفسخ (فلا قيمة) أي للمعقود عليه (لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد) أي بل تتقوم بالعقد (وتبين أنه لا عقد) أي وتبين بحلفهما أنه لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فظهر حينئذ أنه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف (واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه) أي هو الذي استحق عليه ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه كذا في الكافي (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لان العقد) أي عقد الاجارة (ينعقد ساعة فساعة) على حسب حدوث المنفعة (فيصير) أي العقد (في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها) أي على كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة اليه قبل استيفاء المعقود عليه وفيه التحالف وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق كما مر آنفا (بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل) ضرورة (قال) أي القدوري في مختصره (واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة) والقول للعبد مع يمينه كذا في الكافي وغيره (وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه) أي على المولى (عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا) أي المتبايعان

(قال المصنف لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد) أقول لم يستدل على عدم جريان التحالف بعد الاستيفاء بكونه على خلاف القياس بعد القبض كما سبق مع انه المناسب لتعليل المسئلة السابقة اذ لا يتم مذهب محمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض على ما مر فليتأمل

في الثمن ولابي حنيفة أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد انما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال (واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لان الظاهر شاهد له (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل) لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه

(في الثمن ولابي حنيفة أن البدل) أي بدل الكتابة (مقابل بفك الحجر) لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب أن يثبت للعبد أيضا شئ وما ذاك الا فك الحجر (في حق اليد والتصرف للحال) اللام في للحال متعلق بمقابل أي مقابل للحال (وهو) أي فك الحجر في حق اليد والتصرف (سالم للعبد) لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة (وانما ينقلب) أي البدل (مقابلا بالعتق عند الاداء) أي عند أداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه (فقبله) أي قبل الاداء (لا مقابلة) أي لا مقابلة بالعتق والا لعتق قبل الاداء وليس كذلك قطعا وكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الاجارة أصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة وهي المطلوبة آخرا فكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف أصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق أصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق كذا في النهاية والكفاية (فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير) يعني اذا كان ما يقابل البدل في الحال سالما للعبد فقد بقي أمرهما اختلافا في قدر البدل لا غير (فلا يتحالفان) لان العبد لا يدعي شيأ على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان أقام أحدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان أقاما البينة كانت بينة المولى أولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لانه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على انه ان أدى خمسمائة يعتق ولا يمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين (قال) أي القدوري في مختصره (واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل) أي مع اليمين وكذا في جانب المرأة كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام قاضيخان والامام التمرتاشي (كالعمامة) والقلنسوة والقباء والكتب والقوس والدرع والمنطقة ونحوها (لان الظاهر شاهد له) وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها (لشهادة الظاهر لها) قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صانعا وله أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كذا في الشروح (وما يصلح لهما كالآنية) والذهب والفضة والامتعة والعقار ونحوها (فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج) لانه قوام عليها والسكنى تضاف اليه (والقول في الدعاوى لصاحب اليد) ألا يرى أنه لو تنازع اثنان في شئ وهو في يد أحدهما كان القول قوله كذا هنا (بخلاف ما يختص بها) أي بالنساء (لانه يعارضه) أي يعارض ظاهر الزوج باليد

في الثمن فيتحالفان ولابي حنيفة أن الكتابة عقد معاوضة ويجب به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء وهذا لان البدل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة للحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين أن يكون للحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير لان العبد لا يدعي شيأ بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر قال (واذا اختلف الزوجان في متاع البيت الخ) اذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجرة وهي ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بذلك لانها تقي الخمار وكالملحفة فهي للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صائغا وله أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال (وما يصلح لهما كالآنية) والذهب والفضة والامتعة والعقار (فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص به الا انه يعارض ظاهر الزوج باليد

(قوله سميت بذلك لانها تقي الخمار الخ) أقول يعني انما سميت بالوقاية لانها تقي الخمار (قوله الا اذا كان الرجل صائغا الخ) أقول قال الزيلعي الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين انتهى بل يكون القول قوله مع يمينه ثم قال الزيلعي وكذا اذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قوله في ذلك انتهى بل يكون القول قولها مع يمينها

ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل النساء فاذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين وهي في أيديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبه ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين (ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال

قيام النكاح أو بعد الفرقة فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما) أيهما كان (لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه) يعني من حيث الجملة لا التفصيل (قول أبي حنيفة) لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله (وقال أبو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها) معناه مما يصلح لها (والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا) ظاهر (أقوى) لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج وأما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا (والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فهو للرجل ان كان حيا أو لورثته) ان كان ميتا (لما قلنا لابي حنيفة)

ظاهر أقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة (فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما) لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم (وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته) لما قلنا لابي حنيفة

(ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس أولى كذا في الكافي وغيره قال صاحب العناية ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين وهي في أيديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى أقول فيه كلام وهو أن مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج والمرأة مشاهدا فيما نحن فيه مع أن الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب وفي سائر المعتبرات أن مجرد الصلاحية لاحدهما كاف في الترجيح وان لم نشاهد استعماله (ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة) أي لا فرق بينهما فيما مر من الجواب ثم ان ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت أحدهما (فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما) أيهما كان (لان اليد للحي دون الميت) أي لا يد للميت (وهذا الذي ذكرناه) يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل (قول أبي حنيفة) لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك كذا في العناية (وقال أبو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها) وهذا الذي ذكره أبو يوسف في المشكل وأما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول أبي يوسف هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل وكان من حقه أن يقول وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل وقال أبو يوسف يدفع للمرأة ما يجهز به مثلها كذا في النهاية ومعراج الدراية (والباقي) أي من المشكل (للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز) تعليل لقوله يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها (وهذا أقوى) أي هذا الظاهر وهو أن المرأة تأتي بالجهاز ظاهر قوي لجريان العادة بذلك (فيبطل به ظاهر يد الزوج) وهو يده (ثم في الباقي لا معارض لظاهره) أي لظاهر الزوج (فيعتبر) وقوله ثم في الباقي الى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه (والطلاق والموت سواء) أي عند أبي يوسف (لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل) أي ان كان حيا (أو لورثته) ان كان ميتا (لما قلنا لابي حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى

من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحياة وأما بالنسبة الى الممات فقوله الى

(قوله لأن المراد به ما هو بالاستعمال الخ) أقول فيه تأمل فانا لم نشاهد الاستعمال في متاع البيت أيضا بل استندنا على الاستعمال بالصلاحية مع أن المرأة وما في يدها في يد الزوج وهذه الآلات في أيديهما على السواء ثم اعلم أن الضمير في به في قوله لأن المراد به راجع الى الاختصاص في قوله ولم يرجح بالاختصاص

(والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لان الحر أقوى) لكون اليد يد نفسه من وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى أولى ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك (وللحي) منهما (بعد الممات) حرا كان أو مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف اختار اختيار العامة واستدل بقوله (لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات) ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شئ في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما

﴿ فصل فيمن لا يكون خصما ﴾ أخر ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة

(والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورث (وان كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة) لان يد الحر أقوى (وللحي بعد الممات) لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

﴿ فصل فيمن لا يكون خصما ﴾

الى الحياة وأما بالنسبة الى الممات فقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث) وذكر في الفوائد محمد يقول ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاؤه في ماله فكما أن في المشكل القول قوله في حياته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته وأبو حنيفة يقول يد الباقي منهما الى المتاع أسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لان يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهما كذا في النهاية ومعراج الدراية (وان كان أحدهما) أي أحد الزوجين (مملوكا) أي سواء كان محجورا أو مأذونا له أو مكاتبا (فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر أقوى) لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى أولى ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك كذا في العناية (وللحي بعد الممات) أي والمتاع للحي بعد الممات حرا كان الميت أو مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو كذا في الشروح واختار المصنف مختار العامة واستدل عليه بقوله (لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض) فكان المتاع له (وهذا) أي ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب (عند أبي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات) ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شئ هو في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما كذا في العناية

﴿ فصل فيمن لا يكون خصما ﴾ لما ذكر أحكام من يكون خصما شرع في بيان من لا يكون خصما للمناسبة المضادة بينهما وقدم الاول لكون ذكره أعمدة في المقام لان الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة وأما ذكر الثاني فليتضح به الاول اذ الاشياء تتبين بأضدادها فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا قلنا نعم لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي

الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي

(قوله فلا تعارض بينهما) أقول ينبغي ان يخص بالمشكل والا ينتقض بما لا يصلح للمرأة

﴿ فصل فيمن لا يكون خصما ﴾ (قوله لا من حيث القصد الاصلي) أقول كما يشهد العنوان

قال (وان قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه الخ) اذا ادعى عينا فى يد رجل أنها ملكه فقال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه أو آجرنيه أو أعارنيه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى وقال ابن شبرمة لا تندفع وان أقامها وقال ابن أبى ليلى تندفع بمجرد الاقرار وقال أبو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة ثم اذا شهد الشهود فاما ان يقولوا أودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه أو رجل مجهول لا نعرفه أو رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففى الفصل الاول تقبل شهادتهم وفى الثانى لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثانى عند محمد وكالاول عند أبى حنيفة وهذه خمسة أقوال فلهذا لقبت المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أولا أن المدعى عليه أثبت ببينة أن يده ليست يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة أنه أثبت ببينة الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شئ فى ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب أن مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء الثانى على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة الى زوجها اذا أقامت البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق مالم يحضر الغائب

وان قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) وكذا اذا قال آجرنيه وأقام البينة لانه أثبت ببينته أن يده ليست يد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيآن ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق

(وان قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) هذا لفظ القدورى يعنى اذا ادعى رجل عينا فى يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه الذى هو ذو اليد هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى قال المصنف (وكذا اذا قال آجرنيه وأقام البينة) أى اذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى أيضا وقال فى النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه انه عارية عندى أو ما أشبه ذلك كذا فى الذخيرة انتهى (لانه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة) تعليل لمجموع المسائل المذكورة يعنى أن المدعى عليه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد ذكر هذا الدليل فصار كما اذا أقر المدعى بذلك أو أثبت ذو اليد اقراره به ثم قال والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى (وقال ابن شبرمة لا تندفع) أى الخصومة وان أقام البينة على ما قال (لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه) أى عن الغائب لان الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعنى أن ذا اليد أثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر اذ لا ولاية لاحد فى ادخال الشئ فى ملك غيره بلا رضاه (ودفع الخصومة بناء عليه) أى على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر (قلنا) أى فى الجواب عما قاله ابن شبرمة (مقتضى البينة شيآن) أحدهما (ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت و) ثانيهما (دفع خصومة المدعى وهو) أى المدعى عليه (خصم فيه فيثبت) أى فيثبت دفع الخصومة فى حقه وبناء الثانى على الاول ممنوع لانفكاكه عنه وقد أشار اليه بقوله (وهو كالوكيل بنقل المرأة) أى الى زوجها (واقامتها) عطف على الوكيل أى واقامة المرأة (البينة على الطلاق)

(قوله وقال ابن شبرمة الى قوله وقال ابن أبى ليلى) أقول فى القاموس الشبرمة بالضم السنورة وما انتثر من الحبل والغزل انتهى قال العلامة الاتقانى ابن أبى ليلى وابن شبرمة من فقهاء التابعين بالكوفة ولد عبد الله بن شبرمة سنة اثنتين وسبعين من الهجرة ومات سنة أربع وأربعين ومائة ومحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى قاضى الكوفة ولد سنة أربع وسبعين ومات سنة ثمان وأربعين ومائة كذا فى كتاب طبقات الفقهاء انتهى (قوله وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة الخ) أقول يعنى الايداع والرهن والغصب والاجارة والاعارة (قوله وجه ظاهر الرواية الخ) أقول فيه أنه لم يتبين مما ذكره رواية غير ظاهرة عن أصحابنا نعم ما ذكر عن أبى يوسف خلاف ظاهر الرواية عنه نبه عليه فى النهاية وغيره فكان الاليق بهذا الشارح أن ينبه أيضا (قوله وبناء الثانى على الاول ممنوع الخ) أقول فيما اذا كان المدعى وقفا على أحد الفريقين أو مشتريا بالخيار ولا خيار للبائع فأقام ذو اليد البينة على أن المتولى أو المشترى أودعه (قوله كالوكيل بنقل المرأة الخ) أقول فى صلاح السند للسندية كلام لا يخفى لعدم ممانعته للمقدمة الممنوعة وجوابه أنه تنظير لا تمثيل للانفكاك الظاهر فليتأمل

كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد أن يحوّل حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحوّل الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضى به لا يقبله

يعنى أن ما نحن فيه نظير ما اذا وكل وكيلا بنقل امرأته اليه فأقامت المرأة بينة أن الزوج طلقها فان بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولا تقبل فى وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب (كما بيناه من قبل) أى فى باب الوكالة بالخصومة والقبض فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعى عن المدعى عليه ولا تقبل فى اثبات الملك للغائب وهذا لان مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما مقصوده بها اثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة وفى هذا المدعى خصم له فيجعل اثباته عليه بمنزلة اقرار خصمه بذلك (ولا تندفع) أى الخصومة (بدون اقامة البينة كما قال ابن أبى ليلى) فانه قال باندفاعها بمجرد اقرار المدعى عليه للغائب بدون اقامة البينة ووجه قوله أن ذا اليد أقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة ووجه الجواب عنه ما ذكره المصنف بقوله (لانه) أى ذا اليد (صار خصما بظاهر يده) ولهذا كان للقاضى احضاره وتكليفه بالجواب (فهو باقراره يريد أن يحوّل حقا مستحقا على نفسه) فهو متهم فى اقراره (فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره) بالحوالة فانه لا يصدق هنالك فكذا هنا لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود فى الشرع لانا نقول البينة لاثبات اليد الحافظة التى أنكرها المدعى لا لاثبات الاقرار كذا فى العناية واستشكل بعض الفضلاء قوله فى السؤال وهو غير معهود فى الشرع حيث قال قد سبق فى أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت فى العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى أقول هذا ليس بشئ اذ ليس مراد صاحب العناية أن عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعهد فى الشرع كيف ولا يخفى على مثله أن عدم اعتبار ذلك كثير فى المسائل الشرعية لعلل شتى كعدم اعتبار اقرار المريض للوارث وعدم اعتبار اقراره بعين فى يده لآخر فى حق غرماء الصحة وكعدم اعتبار اقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالاخ والعم وكعدم اعتبار اقرار المرأة بالولد أيضا الى غير ذلك وانما مراده أن اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعهد فى الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار اثبات المقر اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة فى دعوى العقار انما يجب على المدعى لا على المدعى عليه الذى هو المقر (وقال أبو يوسف آخرا ان كان الرجل صالحا فالجواب) أى جواب المسئلة (كما قلناه) أى تندفع عنه الخصومة باقامة البينة (وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) وان أقام البينة كما قال ابن شبرمة (لان المحتال من الناس قد يدفع ماله) سرا (الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود) علانية (فيحتال لابطال حق غيره) أى يكون مقصوده من ذلك الاضرار بالمدعى ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة (فاذا اتهمه القاضى به) أى بالاحتيال (لا يقبله) أى لا يقبل ما صنعه قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه ما ذهب اليه أبو يوسف استحسان ذهب اليه بعد ما ابتلى بالقضاء لانه مارس القضاء فوقف على أحوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قالاه قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا فى غاية البيان واعلم أن هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة فى يد المدعى عليه واليه أشار بقوله هذا الشئ أودعنيه فان الاشارة

كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما مقصوده اثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولا معتبر به ووجه قول ابن أبى ليلى أن ذا اليد أقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق لنفسه فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة والجواب أنه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد أن يحوّل حقا مستحقا على نفسه فهو متهم فى اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحوّل الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينة وهو غير معهود فى الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التى أنكرها المدعى لا لاثبات الاقرار ووجه قول أبى يوسف أن المحتال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضى به لا يقبلها

(قوله ولئن سلمنا البناء الخ) أقول فيه بحث (قوله لكن مقصود المدعى عليه الى قوله ولا معتبر به) أقول فقوله اثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر الخ ان أريد اثبات الملك له قصدا فمسلم ولا يضرنا وان أريد اثباته ضمنا فلا نسلمه ثم المراد من الضمنى خلاف القصدى والمراد بذلك فى قوله فيكون ذلك ضمنيا الخ اثبات الملك للغائب فحصل المعنى فيكون اثبات الملك للغائب ضمنيا ولا معتبر به (قوله وهو غير معهود فى الشرع) أقول قد سبق فى أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت فى العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد

(ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما أحاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني وعند أبي حنيفة تندفع لانه أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود

الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج وأما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان أقام البينة لانه اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا أنه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل وأما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت في يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة كذا في العناية وكثير من الشروح ثم ان الذي ذكر في الكتاب اذا قال الشهود أودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه (ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه) أي أصلا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه (لا تندفع عنه الخصومة) أي بالاجماع كذا في الكافي والشروح والظاهر أن مرادهم بالاجماع ههنا اجماع أئمتنا الثلاثة أو اجماع ما عدا ابن أبي ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر قال المصنف في تعليل المسئلة (لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي) حيث لم يعرفوه (ولانه) أي ذا اليد (ما أحاله) أي ما أحال المدعي (الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت) أي الخصومة (لتضرر به المدعي) أقول في تعليله الثاني قصور أما من حيث اللفظ فلانه أضمر فيه المدعي أولا حيث قال ما أحاله وأظهره ثانيا حيث قال يمكن للمدعي اتباعه ولا يخفى على من له معرفة بأساليب الكلام سماجة ذلك وكون الوجه اما العكس واما الاضمار في المقامين وأما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الاجماعية مع أنه منقوض على قول أبي حنيفة وأبي يوسف بالمسئلة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر وكأن الامام الزيلعي تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال في تعليل هذه المسئلة في التبيين لانهم ما أحالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل فلو اندفعت لبطل حقه انتهى ثم ان الظاهر كان يقول المصنف أيضا لانهم ما أحالوه بدل قوله لانه ما أحاله لان المسئلة في أن لا يعرفه الشهود لا في أن لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المصنف ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسب حالهم اليه ويحتمل أن يكون الضمير البارز في قوله لانه والضمير في قوله ما أحاله راجعين الى الشهود بتأويل من شهد (ولو قالوا) أي الشهود (نعرفه) أي الرجل الذي أودعه (بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب) أي جواب المسئلة (عند محمد للوجه الثاني) وهو قوله ولانه ما أحاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل تعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث كذا في الكافي والشروح (وعند أبي حنيفة تندفع لانه) أي المدعى عليه (أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهة غيره) أي غير المدعي (حيث عرفه الشهود بوجهه) فحصل العلم بيقين أن المودع غير هذا المدعي (بخلاف الفصل الاول) وهو ما اذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه أصلا (فلم تكن يده) أي لم تكن يد المدعى عليه في الفصل الثاني (يد خصومة) لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ (وهو المقصود) أي لا تكون يده يد خصومة بل يد

وأما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها وأما الفصل الثاني فله وجهان أحدهما احتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه والثاني أنه ما أحاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي وأما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما أحاله الى معين الى آخره فصار بمنزلة ما لو قال أودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل أتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ووجه قول أبي حنيفة أن المدعى عليه أثبت ببينة أن العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين حينئذ أن المودع غير المدعى عليه فاذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت

(قوله والمدعى هو الذى أضر بنفسه) جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعى ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى انما لحقه من نفسه (حيث نسى خصمه) أو من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة فى يد المدعى عليه واليه أشار بقوله هذا الشئ أودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود فى الخارج وأما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان أقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما لظاهر اليد لانه دليل الملك الا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل وأما اذا هلكت فالدعوى تقع فى الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت فى يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة قال (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم الخ) واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لانه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعى غصبت هذا العين منى أو سرقته منى وأقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذى اليد وفعله لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال انه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذى اليد ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعى سرق منى وأقام ذو اليد البينة على أن فلانا أودعه لم تندفع الخصومة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه

والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسى خصمه أو أضره شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) لانه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما (وان قال المدعى غصبته منى أو سرقته منى لا تندفع الخصومة وان أقام ذو اليد البينة على الوديعة) لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذى اليد ويصح دعوى الفعل (وان قال المدعى سرق منى وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة) وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه

حفظ هو مقصوده وقد أفادته الشهادة والحديث المار يدل على نفى المعرفة التامة وليس على ذى اليد تعريف خصم المدعى تعريفا تاما انما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت (والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسى خصمه أو أضره شهوده) أى شهود المدعى عليه وهو ذو اليد وهذا جواب عن قول محمد فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعى ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى انما لحقه من جهة نفسه حيث نسى خصمه أو من جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذى اليد (وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى) أى هذه المسئلة من بين مسائل الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى اما لان فيها خمسة أقوال كما أشار اليه بقوله (وذكرنا الاقوال الخمسة) وهى قول ابن شبرمة وقول ابن أبى ليلى وقول أبى يوسف وقول محمد وقول أبى حنيفة رحمهم الله واما لان فيها خمس صور وهى الايداع والاعارة والاجارة والرهن والغصب كما ذكروه أيضا (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) هذا لفظ القدورى يعنى ان قال المدعى عليه اشتريت هذا الشئ من الغائب فهو خصم للمدعى (لانه) أى المدعى عليه (لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما) كما لو ادعى ملكا مطلقا (وان قال المدعى غصبته منى) أى غصبت هذا الشئ منى (أو سرقته منى لا تندفع الخصومة وان أقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه) أى لان ذا اليد (انما صار خصما بدعوى الفعل عليه) أى بدعوى المدعى الفعل وهو الغصب أو السرقة على ذى اليد (لا بيده) أى لم يصر ذو اليد فى دعوى الفعل خصما بيده ثم ان فعل ذى اليد لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال انه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه (بخلاف دعوى الملك المطلق لانه) أى ذا اليد (خصم فيه) أى فى دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء (باعتبار يده حتى لا تصح دعواه) أى دعوى الملك المطلق (على غير ذى اليد) ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما (ويصح دعوى الفعل) أى يصح دعوى الفعل على غير ذى اليد كما يصح دعواه على ذى اليد (وان قال المدعى سرق منى) أى ان قال المدعى سرق منى هذا الشئ على صيغة المجهول (وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة) أى على أن فلانا أودعه اياه (لم تندفع الخصومة) هذا أيضا لفظ القدورى قال المصنف (وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع) أى الخصومة وهو القياس (لانه) أى المدعى

(قال المصنف أو أضر به شهوده) أقول أى شهود المدعى فالاضافة للملابسة أو شهود المدعى عليه ولا يخلو عن البعد (قوله لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره) أقول الضمير فى قوله غيره راجع الى الملك (قوله ولهذا صحت الدعوى) أقول أى دعوى الفعل

لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب منى على مالم يسم فاعله ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل البتة والظاهر أنه هو الذى فى يده الا انه لم يعينه درأ للحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفى ذلك

لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب منى على مالم يسم فاعله ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة والظاهر أنه هو الذى فى يده الا أنه لم يعينه درأ للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه (وان قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بينة) لانهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها

(لم يدع الفعل عليه) أى على ذى اليد (فصار كما اذا قال) أى المدعى (غصب منى على مالم يسم فاعله) يعنى أن التجهيل أفسد دعوى السرقة فبقى دعوى الملك فتندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جهل الغصب وقال غصب منى على مالم يسم فاعله وأقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فانه تندفع الخصومة هنالك فكذا ههنا كذا فى غاية البيان (ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف (أن ذكر الفعل) وهو السرقة (يستدعى الفاعل لا محالة) لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور (والظاهر انه) أى الفاعل (هو الذى فى يده الا أنه) أى المدعى (لم يعينه) أى لم يعين الفاعل (درأ للحد شفقة عليه) أى على ذى اليد (واقامة لحسبة الستر) أى لاجل الستر قال صاحب العناية فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفى ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ أجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين الى المدعى ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعى فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل أن يصل العين الى المالك فكان فى جعله سارقا احتيالا للدرء انتهى أقول فى كل واحد من السؤال والجواب نظر أما فى السؤال فلانه ان أراد بقوله وفى ذلك جعله سارقا ان فى ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع وانما هو عند تعيين كونه السارق وان أراد به أن فى ذلك مجرد جعله خصما فى دعوى كون ذلك الشئ مسروقا من المدعى فهو مسلم لكن لا وجه حينئذ لقوله فما وجه الدرء حينئذ اذ وجهه حينئذ ظاهر وهو سقوط القطع بعدم التعيين لشبهة كون السارق غيره وأما فى الجواب فلان مقتضاه أن جعل ذى اليد خصما والقضاء عليه بتسليم العين الى المدعى فى مسئلتنا هذه انما كان لاجل الاحتيال لدرء الحد وأن الاحتيال لدرئه انما نشأ من قبل الشرع لا من قبل المدعى وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور فى الكتاب كما ترى غير تام فى نفسه لان ظهور سرقة ذى اليد بعد ذلك بيقين أمر موهوم وخروج العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها أمر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما اذا اعترف بانها ملك الغير أودعها عنده فان اتلاف مال أحد لدفع ضرر موهوم عن آخر غير معهود فى الشرع (فصار) أى فصار ما اذا قال سرق بصيغة المجهول (كما اذا قال سرقت) بالتعيين والخطاب (بخلاف الغصب) أى بخلاف ما اذا قال غصب منى بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة باثبات الوديعة بالاتفاق (لانه لا حد فيه) أى فى الغصب (فلا يحترز عن كشفه) فلم يكن المدعى معذورا فى التجهيل (ولو قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك) أى فلان الذى قال المدعى ابتعته منه (أسقط الخصومة) أى أسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه (بغير بينة) هذا لفظ القدورى قال المصنف (لانهما توافقا على أن أصل الملك فيه) أى فى الشئ المدعى (لغيره) أى لغير صاحب اليد (فيكون وصولها) أى وصول العين المدعاة وكان المطابق للضمائر السابقة أن يقول المصنف

جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ أجيب بأن وجهه أنه اذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين الى المدعى ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعى فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل أن تصل العين الى المالك فكأن فى جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال غصبت لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعى ابتعته من فلان وصاحب اليد قال أودعنيه فلان ذلك أسقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما على أن أصل الملك فيه لغيره

(قوله أجيب بأن وجهه أنه اذا جعل خصما الخ) أقول بان جعل سارقا ثم أقول فيه بحث فانه ان أراد أن فى ذلك جعله سارقا فى حق توجه الخصومة فسلم ولا يلزم منه القطع وان أراد أن فيه جعله سارقا فى حق القطع فليس كذلك وانما يلزم ذلك أن لو قال المدعى سرقته ولما قال سرق على بناء المجهول وشهد شهوده كذلك لم يظهر كون ذى اليد سارقا لاحتمال كون السارق غيره وابتياع ذى اليد منه والحدود تندرى بالشبهات فحينئذ لا حاجة الى ماذكره فى معرض الجواب مع أن فيه مالا يخفى (قوله ان ظهرت سرقته) أقول أى سرقة العين باقرار ذى اليد أو غيره

فيكون

فيكون وصوله الى ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم المدعى البينة أن فلانا وكله بقبضه لانه أثبت ببينته أنه أحق بامساكه

﴿ باب مايدعيه الرجلان ﴾

الى يدذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه لانه أثبت ببينته كونه أحق بامساكها والله أعلم

﴿ باب مايدعيه الرجلان ﴾

قال (واذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) وقال الشافعى فى قول تهاترتا وفى قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى الكل فى حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار الى القرعة لان النبى عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة

فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية ولكنه يشبه أنه قصد التفنن فى العبارة (الى يد ذى اليد من جهته) أى من جهة الغير (فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم) أى المدعى (البينة ان فلانا) أى فلانا المذكور (وكله بقبضه) أى بقبض الشئ المدعى (لانه) أى المدعى (أثبت ببينته كونه أحق بامساكها) أى بامساك العين المدعاة كانه قصد التفنن ههنا أيضا حيث قال أولا بقبضه بالتذكير وثانيا بامساكها بالتأنيث

﴿ باب مايدعيه الرجلان ﴾

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع فى ذكر حكم دعوى الاثنين بعد الواحد (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها) أى العين (له وأقاما البينة) أى على ما ادعاه (قضى بها بينهما) أى نصفين وانما وضع المسئلة فى دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا فى نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة على أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفى دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما بينة فبينة الخارج أولى عندنا وفى أحد قولى الشافعى تهاترت البينتان ويكون المدعى لذى اليد تركا فى يده وهو قضاء ترك لاقضاء ملك وفى القول الآخر ترجح بينة ذى اليد فيقضى به لذى اليد قضاء ملك وفى الملك المطلق لان فى المقيد بالسبب المعين أو بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجىء ان شاء الله تعالى (وقال الشافعى) أى فى المسئلة التى نحن فيها (فى قول تهاترتا) أى البينتان أى تساقطتا وبطلتا مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه كذا فى المغرب (وفى قول يقرع بينهما) أى بين المدعيين ويقضى لمن خرجت قرعته (لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى الكل) أى فى كل العين (فى حالة واحدة وقد تعذر التمييز) أى بين الصادقة منهما والكاذبة فيمتنع العمل بهما (فيتهاتران) كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران انه أعتق عبده بالكوفة فى ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به أولى كذا فى النهاية والكفاية (أو يصار الى القرعة لانه عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما) روى سعيد بن المسيب أن رجلين تنازعا فى أمة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته (ولنا حديث تميم بن طرفة) الطائى

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع فى بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين (قال وان ادعى اثنان عينا فى يد ثالث كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة على ذلك قضى بها بينهما وقال الشافعى فى قول تهاترتا) أى تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه (وفى قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى كل العين فى حالة واحدة) والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما أو يصار الى القرعة لانه صلى الله عليه وسلم أقرع فيه روى سعيد بن المسيب أن رجلين تنازعا فى أمة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال اللهم انك تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائى أن رجلين تنازعا فى عين بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فقضى به

رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن أبى الدرداء رضى الله عنه

(قال المصنف الا أن يقيم البينة أن فلانا وكله) أقول فان قيل يلزم حينئذ الحكم على الغائب بانه وكله قلنا لا محذور فيه فان ما يدعى على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعى على الحاضر وهو التسليم وقد مر قبيل باب التحكيم انه يجوز فراجعه

أن رجلين اختصما الى رسول الله عليه السلام فى ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان فى الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما فى سبب الاستحقاق

رواية عن أبى موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه ذكره أبو داود (أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ناقة وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين) وعن أبى الدرداء رضى الله تعالى عنه أن رجلين اختصما بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شئ وأقاما البينة فقال ما أحوجكما الى سلسلة كسلسلة بنى اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين (وحديث القرعة كان فى الابتداء ثم نسخ) هذا جواب عن حديث القرعة يعنى انه كان فى ابتداء الاسلام وقت اباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لان للقاضى هنالك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا للقلوب ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك فى معنى القمار كذا فى الكافى وسائر الشروح (ولان المطلق) بكسر اللام أى المجوز (للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود) بفتح الميم (بان يعتمد أحدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهادتان) قال صاحب العناية فى حل هذا المقام ولا نسلم كذب احداهما بيقين لان المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى أقول الظاهر من تقريره أنه قد حمل قول المصنف ولان المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعى ان احدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه أنه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب اليه جمهور المحققين من أن معنى صدق الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم مطابقته لان استحالة اجتماع الملكين فى كل العين فى حالة واحدة ضرورية فكذب احداهما أى عدم مطابقتها للواقع متيقن بلا ريب وما ذكره فى معرض السند للمنع لا يجدى طائلا فى دفع هذا كما لا يخفى والوجه عندى أن لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعى ذلك بل أن يكون مراده به القول بالموجب أى اثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم وتقريره أن المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شهادة لها مطلق كذلك فهى صحيحة سواء طابقت الواقع أو لم تطابقه لان صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به فى الواقع فان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل انما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان (فيجب العمل بهما ما أمكن) لان البينات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما أمكن (وقد أمكن) ههنا (بالتنصيف اذ المحل يقبله) أى يقبل التنصيف (وانما ينصف لاستوائهما) أى لاستواء المدعيين (فى سبب الاستحقاق) وهو الشهادة فحاصل كلام المصنف ههنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما فانه مما لا يطلع عليه العباد وأن وجه صحتهما ما ذكره يرشد اليه أنه قال فى التفريع فصحت الشهادتان

أن رجلين اختصما بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شئ وأقاما البينة فقال عليه السلام ما أحوجكما الى سلسلة كسلسلة بنى اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا عليه السلام بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان فى الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق فى ايجاب الحق لمن خرجت له فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احداهما بيقين لان المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما فى سبب الاستحقاق

(قوله بمنزلة الاستحقاق فى ايجاب الحق) أقول فى ايجاب متعلق بقوله بمنزلة (قوله ولا نسلم كذب احداهما بيقين) أقول فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الامر من أجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره فى معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود هنا ولم والا لزم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذى لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعى فليتأمل (قوله فكانت الشهادتان صحيحتين) اقول يعنى شرعا

قال (فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين) لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال (و يرجع الى تصديق المرأة لاحدهما) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم توقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول أولى

ولم يقل فصدقت الشهادتان ثم ان بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب احداهما بيقين وأجاب عنه حيث قال فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام احداهما النفس الامر من أجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود ههنا والازم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذى لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعى فليتأمل انتهى أقول في الجواب بحث اذ الظاهر أن مراده بكذبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لانه هو الذى يمكن أن يراد بلفظ الكذب ههنا بعد أن لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بوجه لان كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر وكذبه عدم مطابقته لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه وقد أبطله المحققون باجماع المسلمين على تصديق اليهودى فى قوله الاسلام حق مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه فى قوله الاسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده فكيف يحمل الكذب الشرعى على مثل هذا المذهب المزيف ويجعل مبنى لاستدلال أئمتنا فى هذه المسئلة وأيضا ولم يكن الكذب الشرعى عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لما ورد فى قواعد الشرع من أنه تعمد الكذب ولم يتمه معنى لان الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد وأيضا لا يندفع ما قاله الشافعى بمنع كذب احدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد اذ يكفى له كذب احداهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فان التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة احداهما للواقع فلم لا يلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب احداهما بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق بمجرد اطلاق لفظ الكذب وعدم اطلاقه لا يؤثر فى تحقيق معنى المسئلة فانما هو اعتبار لفظى فلا ينبغى أن يترك به القول المعول عليه فى معنى الصدق والكذب ثم ان قوله والازم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا ان أراد به أنه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة من الشهادتين وتكذيبها بعينها ممنوع وان أراد به أنه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة منهما وتكذيب احداهما لا بعينها فسلم لكن لا نسلم المحذور فيه اذ الكذب بالنسبة الى كل واحدة منهما بعينها كان محتملا لا محققا فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (فان ادعى كل واحد منهما) أى من الرجلين (نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال و يرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين) وحكى عن ركن الاسلام على السغدى أنه لا تترجح احداهما الا باحدى معان ثلاث احداها اقرار المرأة والثانية كونها فى يد أحدهما والثالثة دخول أحدهما بها الا أن يقيم الآخر البينة ان نكاحه أسبق كذا فى الشروح نقلا عن الخلاصة قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور (اذا لم توقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول أولى) لما فيه من زيادة الاثبات كذا فى الكافى قال صاحب العناية ولقائل أن يقول قوله فصاحب الوقت الاول أولى ليس بجلى لانه انما يكون أولى اذا كان الثانى بعده بعدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها أما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الاول طلقها فتزوج بها الثانى والجواب أن ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام فى ذلك وأيضا قد ذكرنا آنفا أن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى أقول فى الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وأقيمت البينة عليها كان صاحب الوقت الثانى أولى قطعا وليس مدار السؤال على دعوى أولوية الثانى

(قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة الخ) دعوى نكاح المرأة من رجلين اما أن تكون متعاقبة أو لا

فان كان الثانى فلا بينة لهما فالمرأة اما ان تقر لاحدهما أولا فان أقرت فهى امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان ثم بينة فمن أقام البينة فهى امرأته وان أقرت لغيره لان البينة أقوى من الاقرار وان أقاماها فاما أن تكون فى بيت أحدهما أودخل بها أولا فان كان ذلك فهى امرأته لان النقل الى بيته أو الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا أن يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح أولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فى أثبت سبق التاريخ فهى امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا لم يقض بواحدة منهما

لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل للاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما فأيهما أقرت له أنه تزوجها قبل الآخر فهى امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقائل أن يقول قوله فصاحب الوقت الاول أولى ليس بجلى لانه انما يكون أولى اذا كان الثانى بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها أما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الاول طلقها فتزوج بها الثانى والجواب أن ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام فى ذلك وأيضا قد ذكرنا آنفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة

(قوله وان أقاماها الخ) أقول الاظهر أن يقرر هكذا وان أقاماها فان أرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى وان لم يؤرخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شئ من ذلك يرجع الى تصديق المرأة وانما قلنا الأظهر ذلك لما لا يخفى عليك مما فى تقرير الشارح من الانغلاق والانتشار قال الاتقانى واحد نقلا من فصول الاستروشنى وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فصاحب التاريخ أولى اهـ والظاهر أن يقيد قوله وان أرخ أحدهما بلا يد ولا اقرار والا فصاحب اليد والاقرار أولى (قوله فان كان ذلك فهى امرأته الخ) أقول ولا يعتبر قولها وتصديقها (قوله وان لم يكن ذلك) أقول معطوف على قوله فان كان ذلك وقوله ذلك اشارة الى قوله فاما أن يكون فى بيت أحدهما أودخل بها (قوله وان لم يذكرا تاريخا) أقول أو استوى تاريخهما (قوله والجواب أن ذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله لجواز أن الاول طلقها الخ

(وان أقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهى امرأته) لتصادقهما (وان أقام الآخر البينة قضى بها) لان البينة أقوى من الاقرار

بل على منع أولويه الاول وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الاول بل يتوجه أيضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا أى من غير تقييد بكونه بعد طلاق الاول فيما اذا احتملت المدة التى بين الوقتين انقضاء العدة لجواز أن الاول طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثانى كما ذكر فى السؤال فلم تثبت الاولوية فى الاول مطلقا وأما الجواب الثانى فهو وان كان صحيحا فى نفسه الا أن فيه نوع احتياج الى بيان لمية الحكم بالاول فيما عاينا تقدمه أيضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت أمكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق قلت لا يمكن لان النكاح الثانى يحتمل أن يكون بعد الطلاق ويحتمل أن يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك ولا يقال يحمل أمرهما على الصلاح لان هذا انما يعتبر فى الدفع لا فى ابطال حق الغير وههنا الحاجة الى الابطال انتهى (وان أقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهى امرأته لتصادقهما فان أقام الآخر البينة قضى بها لان البينة أقوى من الاقرار) اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر فى نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان فى امرأة كل واحد منهما يدعى انها امرأته ويقيم البينة فان كانت فى بيت أحدهما أو كان دخل بها فهى امرأته لان البينتين اذا تعارضتا على العقد تترجح احداهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقى الملك فى عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى لان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن والامكان ثابت ههنا بان يجعل نكاح الذى دخل بها ثابتا حين دخل وهذا لان تمكنه من الدخول بها أو من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا أن يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فحينئذ سقط اعتبار الدليل فى مقابلة التصريح بالسبق وان لم تكن فى يد أحدهما فأيهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ فى عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فأيهما أقرت المرأة أنه تزوجها قبله أو انه تزوجها دون الآخر فهى امرأته اما لان بينته تترجح باقرارها له كما بينا فى جانب الزوج أو لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقى تصادق أحد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كذا فى النهاية وأنت تعلم أن هذا بمنزلة الشرح لما فى الكتاب وانه يظهر منه أن قول القدورى فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما اذا لم تكن المرأة فى بيت أحدهما ولم يكن أحدهما دخل بها واعلم أن هذا كله اذا كان التنازع حال حياة المرأة وأما اذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يؤرخا أو أرخا على السواء فانه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج

وان كان الاول فاذا انفرد أحدهما والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الآخر وأقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما دونه

(ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه (الا أن يؤقت شهود الثانى سابقا) لانه ظهر الخطأ فى الاول بيقين وكذا اذ كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد وأقاما بينة (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك) لان القاضى يقضى بينهما نصفين لاستواء تهما فى السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده

واحد فرق بين الدعوى حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة والفرق أن المقصود فى حال الحياة هى المرأة وهى لا تصلح للشركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب من الابوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة لا تتجزأ كذا فى غاية البيان نقلا عن الفصول وفى الفصول نقلا عن المحيط (ولو تفرد أحدهما بالدعوى) يعنى أن الذى ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو تفرد أحدهما بالدعوى (والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك) أى بما ادعاه الثانى (لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه) أى لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التى هى مثل الاولى بل دونها لان الاولى تأكدت بالقضاء وهذا لان فى الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا يهدم الرأى بالرأى كذا فى غاية البيان (الا أن يؤقت شهود الثانى سابقا) أى وقتا سابقا فانه يقضى حينئذ بما ادعاه الثانى (لانه ظهر الخطأ فى الاول بيقين) حيث ظهر أنه تزوج منكوحة الغير أقول فى قول المصنف بيقين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرحوا به ولعل صاحب الكافى تنبه له حيث ترك لفظة بيقين فى تحريره (وكذا اذا كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق) قد مر بيان هذه المسئلة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل نقلا عن المبسوط (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) قال المصنف (معناه) أى معنى قوله منه (من صاحب اليد) وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما أن يدعيا الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجىء بعد هذا فى الكتاب كذا فى النهاية وغيرها ثم ان تمام قول القدورى (وأقام بينة) أى أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما لو أقاماها من غير توقيت حيث قال فى شرح المقام وأقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكأنه أخذ ذلك من تصريح صاحب الكافى ههنا حيث قال فى شرح المقام ولم تؤقت واحدة من البينتين وقتا أقول الاولى تعميمه لما لم يؤقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء لان حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به فى مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما ولو لم يعم لزم أن يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة فى الكتاب بالكلية من بين أقسام هذه المسئلة لعدم دخولها فى الصور الآتية المتشعبة من هذه المسئلة ولا يخفى بعد ذلك (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضى يقضى بينهما نصفين لاستواء تهما فى السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما) قال المصنف (لانه تغير عليه شرط عقده)

الا أن يؤقت شهود المدعى الثانى وقتا سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطأ فى الاول بيقين (قوله وكذا اذا كانت المرأة فى يد الزوج) مر بيانه قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد الخ) عبد فى يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف (معناه من صاحب اليد) احترازا عما سيأتى بعد هذه المسئلة (وأقاما) على ذلك (بينة) من غير تأقيت فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن) الذى شهدت به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما فى الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما فى الملك المطلق وأقاما البينة (وان شاء ترك) لان شرط العقد الذى يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه

(قوله لان شرط العقد الخ) أقول الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير لانه ما رضى بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكى ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته فى تملك الكل وأيضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا له

(فلعل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة

فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن (فان قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف مالو قال ذلك قبل تخيير القاضي

وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة عليه كذا في معراج الدراية أخذا من الكافي وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) وقال بعض الفضلاء ردا على صاحب العناية الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل وأيضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا له انتهى أقول الذي هو تصرف نفس ذلك القائل ههنا ساقط أما قوله ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل فلان قول المصنف هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية أكثر من أن يؤيد ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتأمل الصادق وأما قوله وأيضا الاتحاد وصف العقد الخ فلان مراد صاحب العناية أن اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا أنه شرط نفس العقد كما أن الرضا أيضا كذلك لتحقق نفس العقد فاسدا في بيع المكره مع انتفاء الرضا فيه وأن مراد المصنف أنه تغير شرط صحة عقده لا أنه تغير شرط نفس عقده والا لما ساغ له أن يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد ثم ان صحة العقد وصف للعقد كاتحاد الصفقة وانه لا محذور في كون أحد وصفيه شرطا للآخر وقال صاحب العناية فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة تواردا العقدين على عين واحدة كملا في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان أجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت أطلق له الشهادة به اه واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضا وسيجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي وذكره الاتقاني ههنا ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فجواب الشارح لا يفي بدفع ما اذا أورد عليه انتهى أقول مبنى جواب صاحب العناية ههنا تقييده مسئلة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت فحينئذ يتم جوابه فان ما يحتاج اليه من الجواب ههنا انما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسئلة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد وأما دفع السؤال عن مسئلة أخرى غير مذكورة في الكتاب فنفضلة من الكلام ههنا فلا ضير في عدم وفاء جوابه بذلك نعم تقييده هناك ليس بمناسب رأسا كما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثمة ثم ان ههنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن المسئلتين معا ذكره أيضا صاحب الكافي وعامة الشراح وهو أن البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد بان وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بان يبيع عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معا من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل ويضاف عقده الى الموكل مجازا فثبت أنه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كملا (فان قضى القاضي به) أي بالعبد (بينهما) أي بين المدعيين (فقال أحدهما لا أختار) أي لا أختار الاخذ (لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لانه) أي الآخر (صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه) أي في هذا النصف والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولا يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه أجاب بقوله (وهذا لانه خصم فيه) أي في النصف المقضي به (لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف مالو قال ذلك) أي بخلاف مالو قال أحدهما لا أختار الاخذ (قبل تخيير القاضي)

تواردا العقدين على عين واحدة كملا في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت أطلق له الشهادة به (فان قضى القاضي به بينهما نصفين فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه) والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولا يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه أجاب بقوله (وهذا لانه خصم فيه) أي في النصف المقضي به (لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف مالو قال ذلك قبل تخيير القاضي) وهو القضاء عليه حيث كان له أن يأخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به

(قوله أجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما الخ) أقول فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضا وسيجيء من الشارح في الصحيفة الثانية من الورق الآتي قال الاتقاني ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده

فان ادعيا الشراء من واحد والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فانه يقضى بالدار بينهما أي
نصفين ثم يخير كل واحد منهما ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك فجواب الشارح لا يفي بدفع ما اذا أورد عليه فليتأمل

حيث يكون له أن يأخذ الجميع لانه يدعى الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما) لانه أثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به (ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك (وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه أنه فى يده

اى قبل القضاء عليه بالخيار (حيث يكون له أن يأخذ الجميع لانه يدعى الكل) وحجته قامت به (ولم يفسخ سببه) أى لم يفسخ سبب استحقاق الكل فى شئ (والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد) يعنى انما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل (ونظيره) أى نظير ما قال أحد مدعيي الشراء لا أختار الاخذ قبل تخيير القاضى (تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء) أى تسليم أحدهما الشفعة قبل قضاء القاضى بها لهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميع الدار (ونظير الاول) أى نظير ما قال أحد مدعيي الشراء لا أختار الاخذ بعد قضاء القاضى لهما بالخيار (تسليمه بعد القضاء) أى تسليم أحد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضى بها لهما حيث لا يكون للآخر الا أخذ نصف الدار واعلم أنه لم يذكر فى بعض نسخ الهداية قوله والعود الى النصف للمزاحمة الى هنا وذكر فى بعضها ولهذا لم يقع شرحه فى بعض الشروح ووقع فى بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده فى بعض النسخ (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (لانه أثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه أحد) فاستحقاقه من ذلك الوقت (فاندفع الآخر به) اذ قد تبين به أن الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا (ولو وقتت احداهما) أى احدى البينتين (ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك) أقول فيه شئ وهو أن الآخر أثبت الملك أيضا وانما الشك فى أنه قبل ذلك الوقت أو بعده فاحتمال قبليته يقتضى رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضى العكس فما الوجه فى العمل بالاحتمال الثانى على أن الشك فى أن أحدهما مقدم على الآخر أو مؤخر عنه يستلزم الشك أيضا فى أن الآخر مقدم عليه أو مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان فى جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافى حيث قال ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى قضى به لصاحب الوقت لانه يثبت له الملك فى ذلك الوقت والذى لم يوقت يثبت ملكه فى الحال لان شراءه حادث فيضاف حدوثه الى أقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء المؤقت سابقا فكان أولى انتهى (وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (ومعناه) أى ومعنى قوله ومع أحدهما قبض (أنه فى يده) أى القبض ثابت فى يده معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو فى الحال فى يد البائع وجاز أن يكون الحكم هنالك على خلاف هذا حيث ذكر فى الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة كذا فى النهاية وغيرها أقول بقى ههنا كلام وهو أن الظاهر أن هذه المسئلة والمسئلة السابقة التى كانت مذكورة أيضا فى مختصر القدورى وهى قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما وكذا المسئلة التى ذكرها المصنف فى البين وهى قوله ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة المارة وهى قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد اليه انه لم يعد فى شئ منها لفظ الادعاء ولا ذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المطرد عند الانتقال الى

ولم يفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الآخر (قوله حيث يكون له أن يأخذ الجميع) يشير الى أن الخيار باق وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده انه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه أثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ولو وقتت احداهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه فى ذلك الوقت مع احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ولو لم يذكرا تاريخا لكنه فى يد أحدهما فهو أولى

(قوله وقوله حيث يكون له الى قوله يشير الى أن الخيار الخ) أقول والا فكان ينبغى أن يقول حيث يأخذ الجميع ولا يبعد حمل كلام المصنف على المشاكلة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى

لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك

مسئلة مستقلة وقد قال المصنف في صدر المسئلة معناه من صاحب اليد فاقتضى ذلك أن يكون وضع المسئلة فيما اذا كان المدعى في يد البائع وقال ههنا ومعناه أنه في يده أي في يد أحد المدعيين فاقتضى هذا أن يكون المدعى في يد المشترى فكان مخالفا لوضع المسئلة فليتأمل في التوجيه (لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) تعليل للمسئلة المذكورة قال صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احداهما أن الحادث يضاف الى أقرب الاوقات والثانية أن ما مع البعد بعديه زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى أقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبنى على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى انتهى أقول قد أخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافي وعليه عامة الشراح لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ما جرت عليه عادة المصنف في أسلوب تحريره من ايجاز الكلام وتنقيح المرام ما يأبى أن يكون مراده ذلك اذ لو أراد ذلك لا كتفى بأن قال لان قبضه يدل على سبق شرائه اذ يحصل به ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن فعندى أن تحقيق مراده هو أن تمكن أحدهما من قبض المدعى يدل على كون شرائه اياه سابقا اذ لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه يصير حينئذ ملكا لغير القابض والانسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة أجنبية ستظهر ثمرته الجليلة عن قريب ان شاء الله تعالى (ولانهما استويا في الاثبات) أي ولان القابض وغير القابض استويا في اثبات الشراء بالبينة وللقابض أمر مرجح وهو يده الثابتة بالمعاينة لان غير القابض يحتمل أن يكون قبل القابض في العقد فينقض يد القابض وأن يكون بعده في العقد فلا ينقض يده فصار أمره مشكوكا (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) لا يقال بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فينبغي أن ترجح بينة غير القابض لانا نقول بينة الخارج انما تكون أولى من بينة ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا أما اذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافي ههنا وقد صرحوا به في مواضع منها ما مر في أوائل باب اليمين قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فان الخارج هناك أولى والجواب أن كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج أولى وههنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وزاد في البيان حيث قال فأما ههنا فلا يحتاجان الى اثبات الملك بل هو ثابت بتصادقهما عليه انما احتاجا الى اثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض أقوى لتأكده بالقبض فكان هو أولى انتهى أقول في الجواب بحث وهو أن الذي يثبت لكل واحد من المدعيين الملك له ثمة وهو بائع أن كل واحد منهما ليس بذي يد بل هو خارج كغير القابض من المدعيين وكون بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فيما اذا أثبتا الملك لانفسهما مسلم وأما فيما اذا أثبتاه لخارج آخر فممنوع ألا يرى أن الدليل الذي ذكروا لاثبات كون بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد وهو أن بينة الخارج أكثر اثباتا أو اظهارا فان قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذي اليد لدليل مطلق الملك انتهى انما يجرى فيما اذا أثبتا الملك لانفسهما لا فيما

يضاف الى أقرب الاوقات والثانية أن ما مع البعد بعديه زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى أقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبنى على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى (ولانهما استويا في الاثبات) وبينة غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فان الخارج هناك أولى والجواب أن كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج أولى وههنا ليس كذلك

(قوله وبينة غير القابض قد تكون الخ) أقول اذا كانت شهادتهم بالشراء المقدم (قوله وقد لا يكون) أقول اذا كان المشهود به الشراء المتأخر (قوله يحتاج الى اثبات الملك) أقول أي الملك المطلق (قوله وههنا ليس كذلك) أقول لاتفاقهما على أن الملك كان للبائع

(وكذا اذا ذكر الآخر) يعني بينة الخارج (وقتا) فذو اليد أولى لان بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه (الا أن يشهد شهود الخارج أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد) فانه تنقض بها اليد (لان الصريح يفوق الدلالة واذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لانه (لكونه معاوضة من الجانبين) كان أقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض

وكذا اذا ذكر الآخر وقتا لما بينا الا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال (وان ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) معناه من واحد (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لان الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض

اذا أثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتأمل (وكذا اذا ذكر الآخر وقتا) أي واذا ذكر غير القابض وقتا كان العبد لذي اليد أيضا (لما بينا) قال صاحب العناية بل عامة الشراح قوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه أقول يرد عليهم أنهم حملوا قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على المقدمتين كما مر وذلك التحقيق لا يجري فيما اذا ذكر الآخر وقتا لانه لما ثبت شراء الآخر الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لان يضاف الى أقرب الاوقات لان اضافة الحادث الى أقرب الاوقات انما تتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل المقدمة الاولى ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض أضيف الى أقرب الاوقات الذي هو الحال فلم يكن شراء غير القابض بعد شراء القابض فلم تحصل المقدمة الثانية وأما شراء القابض فانه وان كان سابقا على قبضه في الظاهر حملا لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكروا فيما مر الا أنه ليس بمتعين السبق على الوقت الذي ذكره الآخر بل يحتمل أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي بالشك مثل ما ذكره المصنف فيما اذا لم يوقت أحدهما ووقت الآخر ولم يكن لاحدهما قبض فالصواب أن يحمل قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذي ذكرناه هنالك ثم يجعل قوله ههنا لما بينا اشارة الى ذلك القول اذ المعنى المذكور يتمشى فيما نحن فيه أيضا كما لا يخفى وهذا هو الثمرة التي أشرنا اليها فيما مر آنفا (الا أن يشهدوا) أي شهود الخارج (أن شراءه) أي شراء الخارج كان (قبل شراء صاحب اليد) فحينئذ يكون الخارج أولى (لان الصريح يفوق الدلالة) يعني أن تقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بتصريح شهوده وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (قال) أي القدوري في مختصره (وان ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) أي معنى ما قاله القدوري ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد وانما قيد به احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين فان المدعيين حينئذ سواء ولا أولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد ثم ان تمام لفظ القدوري (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) وكذا الحكم اذا أرخا وتاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام (لان الشراء أقوى) أي من الهبة (لكونه معاوضة من الجانبين) والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للاكثر فكانت أولى لان البينات تترجح بكثرة الاثبات (ولانه يثبت الملك بنفسه) عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لان الشراء أقوى أي ولان الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء (والملك في الهبة يتوقف على القبض) ولا شك أن ما يثبت الملك بذاته أقوى مما يثبته بواسطة الغير فكان هذا دليلا آخر على كون الشراء أقوى من الهبة يشهد بذلك قول المصنف فيما سيأتي لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان أقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين

(قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه الخ) أقول لابد من التأمل انه هل يتمشى ههنا تحقيقه المبني على المقدمتين بل الظاهر أنه اشارة الى قوله لا تنقض اليد الثابتة بالشك الا أن قوله لان الصريح الخ يؤيد الاول (قوله ولان الشراء الى قوله ثابتين معا الخ) أقول بل يثبت الشراء مع القبض اذ الحادث يضاف الى أقرب الاوقات على ما مر آنفا فلا يثبت مطلوبه الذي هو سبق ملك مدعي الشراء هذا والظاهر أن قوله ولانه يثبت الملك بنفسه الخ دليل آخر لكون الشراء أقوى لا لكونه أولى فافهم

• يشهد لذلك قوله في دليل المسئلة الآتية لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه كما لا يخفى (قوله دون الهبة لتوقفها على القبض) أقول فكان ملك مدعي الشراء سابقا

وكذا اذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض وقوله (لما بينا) اشارة الى ماذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى (واذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء ويقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع) فان قيل لا نسلم التساوى فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة أجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره أن الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المآل أي بما يظهر أثره في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المآل لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال (وهذا) أي الحكم بالتنصيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى صحيح (وكذا فيما يحتملها) كالدار والبستان (عند البعض) لان كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضى لهما بشئ (لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان) قيل هذا قول أبي حنيفة أما عند أبي يوسف ومحمد فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح أنه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى له بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها

وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع وصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح

معاوالشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى أقول الظاهر من تحريره هذا كما ترى أنه جعل قول المصنف ولانه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشراء أقوى فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على أصل المسئلة وهو أولوية الشراء كما هو صريح كلام صاحب الكافي ههنا لكن لا يخفى على ذى مسكة أن قول صاحب العناية بعيد هذا وقوله لما بينا أشار الى ماذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى انتهى ظاهر الدلالة على أن يكون قول المصنف ولانه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشراء أقوى كما قررناه فيما قبل فبين كلاميه تدافع لا يخفى (وكذا الشراء والصدقة مع القبض) أي كذا الحكم اذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض (لما بينا) اشارة الى ماذكره في المسئلة السابقة من الوجهين لكون الشراء أقوى (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء) يعنى اذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء (حتى يقضى بينهما) أي نصفين كذا في الكافي وغيره (لاستوائهما في وجه التبرع) فان قيل لا نسلم التساوى فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة أجاب بقوله (ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل) أي يظهر أثره في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل (والترجيح بمعنى قائم في الحال) أي الترجيح انما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع الى المآل واجيب أيضا بان امتناع الرجوع في الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولهذا لو وقعت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها أيضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم (وهذا) أي القضاء بالتنصيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى (صحيح وكذا فيما يحتمله) أي فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان (عند البعض لان الشيوع طارئ) يعنى أن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل الا أنه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طارئا وذا لا يمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضى لهما بشئ (لانه تنفيذ الهبة في الشائع) فصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول أبي حنيفة أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح أنه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى له بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها كذا في العناية

(قوله واذا ادعى أحدهما الشراء الخ) أقول والظاهر أنه اذا ادعى أحدهما انه قبضها عوضا عن هبة والآخر الشراء فكذا جواب المسئلة لهذين الدليلين وغيرها بعينهما (قوله ترجيح بما يرجع الى المآل) أقول لا ترجيح بما يرجع الى المآل بل الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال (قوله اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل) أقول فان قيل ظهور الاثر في ثاني الحال انما هو لقوة العقد في الحال فيثبت المطلوب قلنا لا نسلم بل لحصول الاجر للمتصدق وهو كوصول العوض للواهب فتأمل (قوله وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة) أقول أريد بالهبة مايعم الصدقة على سبيل عموم المجاز

قال (واذا ادعى أحدهما الشراء الخ) اذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند أبي يوسف وقال محمد الشراء أولى لان العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها لان التزوج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين

قال (واذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه

وغيرها (قال) أي القدوري في مختصره (واذا ادعى أحدهما الشراء) أي شراء شئ كعبد مثلا من رجل (وادعت امرأة أنه) أي ذلك الرجل (تزوجها عليه) أي تزوج المرأة المدعية على ذلك المدعى (فهما سواء) أي يقضى بذلك المدعى بينهما نصفين (لاستوائهما) أي لاستواء الشراء والنكاح (في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه) هذا اذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء أما اذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالاسبق أولى كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده وعن هذا قال صاحب العناية في تقرير مسئلة الكتاب اذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما انتهى وفي التبيين للامام الزيلعي ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى (وهذا) أي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما (عند أبي يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج القيمة) أي وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة (لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء) يعني أن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها (اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه) بأن لا يجيزه صاحبه فتعين تقديم الشراء أقول ههنا اشكال ظاهر وهو أن العمل بالبينتين بتقديم الشراء انما يتصور فيما اذا لم يؤرخا وأما اذا أرخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى والمسئلة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف يتم خلاف محمد ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم يرو عن أحد تخصيص الخلاف بالصورة الاولى وقد تمحل بعضهم في دفعه فقال ويمكن أن يقال معنى الشهادة على التاريخ يخبر المتعددين أن يقول الشهود مثلا كان العقد في أول الظهر من اليوم الفلاني وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر اذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فتأمل قال صاحب العناية وذكر في الاسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد فانه اذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا سويناهما انتهى أقول هذا البحث ساقط لانه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى اذ لم نسمع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلابي يوسف أن يقول المقصود من ذكر السبب ملك

(قوله فان قدمنا النكاح الخ) أقول كيف يقدم اذا أرخا وتاريخهما على السواء وتخصيص الخلاف بما اذا لم يؤرخا خلاف الظاهر من تقريره ويمكن أن يقال معنى الشهادة على أن التاريخ يخبر المتعددين أن يقولوا مثلا كان العقد في أول الظهر من اليوم الفلاني وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر اذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدين اثنين وبه يظهر الجواب عن السؤال المذكور في رأس الصحيفة السابقة بوجه آخر (قوله وذكر في الاسرار الى قوله لم يوجب ملك المسمى الخ) أقول فيه بحث اذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد فانه اذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا سويناهما

(واذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاماها فالرهن أولى وهذا استحسان وفى القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته) فكانت بينة الهبة أكثر اثباتا فهى أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع ولا ترد الهبة بشرط العوض فانها أولى من الرهن لانها بيع

انتهاء والبيع أولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة (وان أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى لانه أثبت أنه أول المالكين) وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والفرض أن الآخر لم يتلق منه وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف آخرا وقول محمد أولا ثم قال محمد يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان أرخ أحدهما دون الآخر ففى النوادر عن أبى حنيفة أنه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد فى دعوى الملك المطلق فى أصح الروايات وعلى قول أبى يوسف يقضى لمن أرخ وعلى قول محمد يقضى لمن لم يؤرخ لانه يدعى أولية الملك وسيأتيك تمام بيانه ان شاء الله تعالى (ولو ادعيا الشراء من واحد وأقاماها ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء قضى به بينهما وان أرخا تاريخين متفاوتين فالاول أولى لما بينا) أنه أثبته فى وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وأن الآخر اشتراه من غير مالك (معناه

(واذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان وفى القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض (وان أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى) لانه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال (ولو ادعيا الشراء من واحد)

العين صورة اذ لولا لا كتفى فى الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء فى حق ذلك (وان ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (وهذا استحسان وفى القياس الهبة أولى) وهو رواية كتاب الشهادات كذا فى النهاية ومعراج الدراية وجه القياس قوله (لانها) أى لان الهبة (تثبت الملك) أى ملك العين (والرهن لا يثبته) فكانت بينة الهبة أكثر اثباتا فهى أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ولهذا قالوا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين (وبحكم الهبة) أى المقبوض بحكم الهبة (غير مضمون وعقد الضمان أقوى) أى من عقد التبرع ولان بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكانت أكثر اثباتا فكانت أولى كذا فى الشروح (بخلاف الهبة بشرط العوض) يعنى لا ترد الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت أولى من الرهن (لانه بيع انتهاء) أى لان الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع الى الهبة باعتبار الخبر أو بتأويل العقد (والبيع أولى من الرهن لانه) أى البيع (عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض) أى فكذا الهبة بشرط العوض أولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فان قلت الترجيح بمعنى قائم فى الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم هى معاوضة انتهاء ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد فى الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا الى المقصود بخلاف اللزوم فى الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما فى الحال لا نظرا الى العقد ولا الى العاقد ومقصوده كذا فى شرح تاج الشريعة (وان أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانه) أى لان صاحب التاريخ الاقدم (أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه) أى والفرض أن الآخر لم يتلق منه هذا قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف آخرا وبه قال محمد أولا وأما على قول محمد آخرا فيقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ففى النوادر عن أبى حنيفة أنه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد فى دعوى الملك المطلق فى أصح الروايات وعلى قول أبى يوسف يقضى للذى أرخ وعلى قول محمد يقضى للذى لم يؤرخ لانه يدعى أولية الملك كذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة وسيأتى تمام بيانه فى الكتاب ان شاء الله تعالى (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو ادعيا الشراء من واحد) قال المصنف

(قال المصنف ولو ادعيا الشراء الى قوله فالاول أولى) أقول قال العلامة الكاكى تبعا لصاحب النهاية وفى هذا الحكم لا يتفاوت أن يكون بائعهما واحدا أو اثنين لما أن صاحب التاريخ الاقدم أولى وانما يتفاوت الحكم بينهما فيما اذا وقتت احدى البينتين ولم توقت الأخرى على ما ذكر بعد هذا بقوله بخلاف ما اذا كان البائع واحدا انتهى قال العلامة النسفى فى الكافى وان ادعيا

فكان باطلا قيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين أن يكون البائع واحدا أو اثنين وانما التفاوت بينهما اذا أقتت احداهما دون الاخرى على ماسيذكر بعد هذا وقوله (معناه من غير صاحب اليد) ليس فيه زيادة فائدة فانه لا تفاوت في سائر الاحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهم يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا وترتب عليه الاحكام

معناه من غير صاحب اليد (وأقاما البينة على تاريخين فالاول أولى) لما بينا

(معناه من غير صاحب اليد) أي معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد قال صاحب النهاية ليس في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة فائدة فان في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الاحكام لا تفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره بعد أن يكون البائع واحدا لانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا فان أرخا وتاريخهما على السواء أو لم يؤرخا فالدار بينهما نصفان لانهما استويا في الدعوى والحجة وان أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى لانه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه أحد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت ويتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى تقليلا لنقض ماهو ثابت لانا اذا جعلنا المؤرخ أولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير وأما اذا قضينا للذي لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعدما ثبت الامران بالبينة واذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بان ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلا وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه فان لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالدار بينهما وان أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لاسبقهما تاريخا وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى لما قلنا انتهى وقد اقتفى أكثر الشراح أثر صاحب النهاية في مؤاخذة المصنف ههنا بالوجه المذكور وقال صاحب الكفاية قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كي لا يلزم التكرار لانه قال أولا ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد وترتب عليه الاحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور ههنا فيثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد أو من غيره في هذا الحكم انتهى أقول الحق ما قاله صاحب الكفاية وتوضيحه أن الامام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين احداهما ههنا والاخرى في أثناء الاحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه حيث قال هنالك ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فصرف المصنف قوله الاول الى ما اذا ادعيا من صاحب اليد وقوله الثاني الى ما اذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازا عن التكرار على ما يقتضيه حمل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه أصلا والعجب ممن طعنوا فيه أنهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مر معناه من صاحب اليد انما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب انتهى وذلك الكلام منهم اعتراف بان معنى قوله ههنا ولو ادعيا الشراء من واحد ادعاؤه من غير صاحب اليد اذ لا يجيء في الكتاب مسئلة ان ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا وبان فائدة التقييد هنالك الاحتراز عن التكرار فكيف لم يتنبهوا لكون فائدة التقييد ههنا أيضا الاحتراز عن التكرار (وأقاما البينة على تاريخين) هذا من تتمة ما سبق أي لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين (فالاول أولى) أي فصاحب التاريخ الاول أولى (لما بينا) أي في مسئلة

الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة وان أرخا واحداهما أسبق تاريخا يقضى لاسبقهما تاريخا اتفاقا بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فتاريخه الملك لا يعتد به وصار كأنهما حضرا أو أقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما انتهى وهكذا في الكفاية وشرح الكنز للزيلعي ثم قال في الكفاية الاسبق أولى رواية واحدة فيما اذا كان البائع واحدا وفيما اذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فيما ذكرنا في الكتاب يشير الى أنه لا عبرة لسبق التاريخ وفي المبسوط ما يدل على أن أسبق التاريخين أولى في ذلك أيضا انتهى فظهر أن ما في النهاية ومعراج الدراية مبني على رواية وما في الكافي والكفاية وشرح الكنز على رواية أخرى وهو مختار صاحب الهداية أيضا على ما يشير اليه كلامه

الآن في الدليل الذي ذكره على عدم اعتبار السبق في ذلك بخلاف فان بينة مدعي الاسبق تثبت لبائعه ملكا سابقا واذا أثبت أحد مدعي الملك المطلق تاريخا أقدم فهو أولى فليتأمل فقوله ولا تاريخ لملك البائعين غير ظاهر بل الظاهر خلافه حيث يتضمن اثبات تاريخ ملك المدعيين اثبات تاريخ ملك البائعين (قوله قيل لا تفاوت) أقول القائل صاحب النهاية (قوله ليس فيه زيادة فائدة) أقول فائدته دفع توهم التكرار في كلام القدوري (قوله وترتب عليه الاحكام) أقول الى هنا كلام النهاية مع تغيير يسير

(وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كأن أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلا وآخر على الشراء من عمرو (وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا) وادعيا وأرخا تاريخا واحدا

انه أثبته في وقت لامنازع له فيه (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء) لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل (ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين) لان توقيت احداهما لايدل على تقدم الملك

ان ادعيا الشراء من صاحب اليد (انه أثبته) أي أن صاحب التاريخ الاول أثبت الشراء (في وقت لامنازع له فيه) أي في ذلك الوقت فاندفع الآخر به (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كأن أقام أحدهما البينة على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو (وذكرا تاريخا فهما سواء) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أي ذكرا تاريخا واحدا وأما لو ذكرا تاريخين فالسابق أولى لاثبات الملك لبائعه في وقت لاينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده كذا في المبسوط انتهى وقد سلك صاحب العناية مسلكهما في شرح المقام حيث قال وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء انتهى وقال صاحب الكفاية أخذا من الكافي أي سواء كان تاريخهما واحدا أو كان أحدهما أسبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا أن الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه وأسبقهما تاريخا أثبت التلقي لنفسه في زمان لاينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقي منه والآخر لايدعي التلقي منه انتهى وقد سلك الامام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز أقول السر في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسئلة هو اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين وكان أحدهما أسبق تاريخا كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيخان وان ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر أنه اشتراها من فلان وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فان القاضي يقضي بينهما وان وقتا فصاحب الوقت الاول أولى في ظاهر الرواية وعن محمد أنه لايعتبر التاريخ وان أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما اتفاقا انتهى وقال في البدائع أما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين وان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالاسبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث فانه يكون بينهما نصفين عنده وعن محمد في الاملاء انه سوى بين الميراث وبين الشراء وقال لاعبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخا ملك البائعين انتهى وذكر في الذخيرة أيضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها ثم أقول الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات أن كون صاحب التاريخ الاسبق أولى فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية وأنه قول أكثر المجتهدين وأكبرهم فحمل مسئلة الكتاب على ما لا ينافيه أولى كما لايخفى قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا) أي فيصير كأن البائعين حضرا وادعيا وأرخا تاريخا واحدا (ثم يتخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أي من أن كل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك (ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين) يعني اذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر وأقاما البينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى قضى بينهما نصفين (لان توقيت احداهما لايدل على تقدم الملك) أي على تقدم ملك بائعه يعني أن كل واحد من المدعيين ههنا خصم

(ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أن كل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك (ولو أقتت احداهما دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احداهما لايدل على تقدم الملك

قال المصنف (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء) أقول قال الزيلعي يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن انتهى قال الاتقاني أي تاريخا واحدا وان كان تاريخ أحدهما أسبق كان أولى على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخرا وهو قول محمد في رواية أبي حفص وعلى قول أبي يوسف الاول يقضى بينهما انتهى ولا يخفى التدافع بين الكلامين فقيل في دفعه ان الكلام مبني على روايتين فما في غاية البيان مبني على رواية ما ذكره الزيلعي والذي يشير اليه كلام الهداية مبني على رواية أخرى فليتدبر وأنت خبير بأن المفهوم من دليل صاحب الهداية خلاف ذلك

(قوله لأن توقيت احداهما لايدل على تقدم الملك) أقول أي ملك بائعه فانه يرجع الى دعوى الملك المطلق لبائعهما وتوقيت احداهما في الملك المطلق لايفيد الاولوية لما سبق آنفا وسيجيء أيضا

عن

لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به) لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا أثبت بالبينة الا اذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره ولقائل أن يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ماذكر من قوله لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته وأما الباقي فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال من ثبت له الملك بالبينة

فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب أن لذلك مدخلا في الفرق لان البائع ان كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت وأما اذا كان متعددا فكما جاز أن يتعاقبا متعاقبين جاز أن يتعاما معا وفي ذلك تعارض أيضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض

لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره

عن بائعه في اثبات الملك له وتوقيت احداهما لا يدل على تقدم ملك بائعه (لجواز أن يكون الآخر أقدم) أي لجواز أن يكون البائع الآخر أقدم في الملك (بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما) أي المدعيين (اتفقا) في هذه الصورة (على أن الملك لا يتلقى) أي لا يؤخذ (الا من جهته) أي من جهة البائع الواحد فحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه وهو الشراء لا الى اثبات الملك للبائع (فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره) قال صاحب العناية لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدم عليه شراء غيره انتهى أقول فيه نظر لان الكلام في توقيت احدى البينتين لا في اثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة المؤقتة كالملك الثابت المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام وانما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا أن يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين لثبوته بالبينة ولكن الآخر مشترك في هذا اللازم لثبوت شرائه أيضا بالبينة نعم بينهما فرق من حيث ان الاول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم متعين عندنا الآن والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراءه أيضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن بل محتمل للتقدم على الآخر والتأخر عنه الا أن هذا الفرق لا يجدي نفعا اذ الظاهر أنا لا نحكم في هذه الصورة أيضا لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف انه أسبق من الآخر فالوجه في تعليل كلام المصنف ههنا أن يقال لان الشراء أمر حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء غير المؤقت يضاف الى أقرب الاوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء المؤقت حكما وقد أشير الى هذا الوجه ههنا اجمالا في غاية البيان وشرح تاج الشريعة ومر منا تفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافي فتدبر ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ماذكر من قوله لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته وأما الباقي فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب أن لذلك مدخلا في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت وأما اذا كان متعددا فكما جاز أن يتعاقبا متعاقبين جاز أن يتعاما معا وفي ذلك تعارض أيضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى أقول في الجواب بحث أما أولا فلان قوله لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ممنوع لجواز أن يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف عقده الى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما مر نقلا عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال بتيقن كذب احدى البينتين وأما ثانيا فلان قوله فيرجح بالوقت غير تام لان الشك في ملك غير

(قوله لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا) أقول بل الحق تتميمه بقولنا لان الشراء أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات اذا لم يبين وقته فيتأخر شراء غير المؤرخ حكما الا اذا تبين الخ فلا يرد حينئذ سؤاله المصدر بقوله ولقائل أن يقول الخ فليتأمل (قوله لجواز أن يقال من ثبت له الملك الخ) أقول يعني في المسئلتين (قوله لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا) أقول فيه بحث لجواز أن يبيع

وكيلا لشخصين في زمان واحد كما أشار اليه صاحب النهاية (قوله وملك غيره مشكوك ان تأخر) أقول أي ان تأخر الملك والمراد سببه أعني الشراء ففيه نوع من الاستخدام (قوله وان تقدم ملك) أقول لكن لم يملك المؤقت لانه لم يتلف الملك من جهته (قوله فيرجح بالوقت) أقول فيه تأمل فان الملك المعين له الوقت مشكوك أيضا لما ذكره فكيف يصلح الوقت مرجحا (قوله جاز أن يتعاما معا) أقول فيه بحث اذ لا يتصور أن يملك الشخصان عينا واحدة في زمان واحد حتى يتصور وقوع البيعين معا وجوابه انا لم ندع صحة البيعين معا كما اذا وقعا على التعاقب فلا يضرنا ما ذكرت

(ولوادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعا) لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق قال (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه أنه لاتقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء

المؤقت يستلزم الشك في ملك المؤقت لان تقدم أحدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم أحدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك في ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملكه أيضا ولاشك أن الوقت من حيث هو وقت لامدخل له في ترجيح الملك لاحدهما بل انما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر فاذا كان هذا مشتركا فلا مجال للترجيح به أصلا وأما ثالثا فلان قوله فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول لان التعارض متى تضاعف لايزيد شيأ على التساوي والتساقط فما يصلح للترجيح في مرتبة من التعارض ينبغي أن يصلح له في سائر المراتب منه ولعمري أن صاحب العناية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ولكن ما أتى بشيء يعتد به كما عرفت وان فيما ذكرنا من الوجه في تعليل كلام المصنف ههنا المندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر (ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر) وأقاموا البينة (قضى بينهم أرباعا) وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال في تعليلها (لانهم يتلقون الملك من باعتهم) وفي بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين الاربعة فكان المراد منه من مملكيهم وفي بعض النسخ من ملقيهم استدلالا بلفظ يتلقون كذا في النهاية ومعراج الدراية (فيجعل كأنهم) أي المملكين (حضروا وأقاموا البينة) على الملك المطلق لانفسهم وثمة يقضى بينهم أرباعا فكذا ههنا (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى) أي كان صاحب اليد أولى قال المصنف (وهذا) أي هذا الحكم (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه) أي عن محمد (انه لاتقبل بينة ذي اليد رجع اليه) يعني أن هذا قوله الآخر المرجوع اليه وفي المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد أنه رجع عن هذا القول وهو أن بينة ذي اليد اذا كانت أقدم تاريخا من بينة الخارج كانت أولى بعد انصرافه من الرقة وقال لاأقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا النتاج وما في معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج كذا في النهاية ومعراج الدراية قال المصنف في تعليل ذلك (لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء) قال بعض الفضلاء هذا يحتاج الى البيان أقول في البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز أن تكون جهة الملك أي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم في نفس الامر فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما اذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحداهما أسبق من الاخرى حيث كان الاسبق أولى لتعرضه لسبق سبب ملك أحد المشتريين وهو الشراء فلم يبق

(ولوادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر وأقاموا البينة على ذلك قضى به بينهم أرباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق) واطلاق الباعة بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم قال (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ الخ) وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك أقدم تاريخا فذو اليد أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه أنه لاتقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد روى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو أن بينة ذي اليد اذا كانت أقدم تاريخا كانت أولى من بينة الخارج وقال لاأقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا النتاج لان النتاج دليل على أولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء بخلاف ما اذا قامتا بالتاريخ على الشراء واحداهما أسبق من الاخرى فان الاسبق أولى سواء كان البائع واحدا واثنين

(قوله لأن البينتين قامتا على مطلق الملك) أقول تعليل لقوله وعنه أنه لاتقبل بينة ذي اليد الخ وقوله عنه يعني عن محمد رحمه الله (قوله فكان التقدم والتأخر سواء الخ) أقول يحتاج الى البيان

احتمال

ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بينا ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى لانه أقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا أرخت احداهما كان صاحب التاريخ أولى ولهما أن بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته

احتمال أن يكون الآخر أسبق في الملك (ولهما) أي ولابي حنيفة وأبي يوسف (ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة) فان من ادعى على ذي اليد عينا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة وقد مر قبل هذا قبول بينة ذي اليد في أن العين في يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت ههنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا في النهاية والعناية (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما) أي لو كانت الدار في أيديهما كان صاحب الوقت الاول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد لا يعتبر الوقت وكانت ما قامتا على مطلق الملك فتكون بينهما كذا في النهاية نقلا عن الايضاح (والمعنى ما بيناه) وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين (ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق) أي من غير ذكر سبب (ووقتت احداهما) أي احدى البينتين (دون الاخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى) انما قيد بالتوقيت لان الخارج وذا اليد اذا أقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ كذا في النهاية ومعراج الدراية (لانه أقدم) دليل على ما قاله أبو يوسف أي لان صاحب الوقت أقدم (وصار كما في دعوى الشراء) أي وصار الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء (اذا أرخت احداهما) أي اذا أرخت احدى البينتين هناك (كان صاحب التاريخ أولى) فكذا ههنا والجواب أن الشراء معنى حادث فاذا لم يؤرخ حكم بوقوعه في الحال وكان المقدم أولى منه والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال كذا في غاية البيان (ولهما) أي ولابي حنيفة ومحمد (أن بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه) أي لتضمن البينة بتأويل الشاهد (معنى الدفع) لما مر آنفا (ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته) أي من جهة ذي اليد لان بذكر تاريخ احداهما لم يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لاحتمال أن الاخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا بخلاف ما اذا أرخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لا يقول بذلك واء لزمه المسئلة الاولى وأجيب بان ذلك يجوز أن يكون على قوله الاول انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان أولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقاني في غاية البيان فراجعه انتهى أقول هذا الاعتراض ليس بشئ اذ ليس مراد المجيب ان قول محمد في مسئلتنا هذه أعني أولوية الخارج فيما اذا وقتت احداهما

منه تندفع الخصومة وقد مر قبل هذا قبول بينة ذي اليد في أن العين في يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت ههنا بينته بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما) كان صاحب الوقت الاول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد لا معتبر بالوقت (لما بينا) من الدليل في الجانبين (ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى لانه أقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا أرخت احداهما كان صاحب التاريخ أولى) وقد مر (ولهما أن بينة ذي اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع) لما مر (ولا دفع ههنا) لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته

 وههنا وقع الشك في ذلك لان بذكر تاريخ احداهما لم يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته

(قوله انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع لما مر) أقول آنفا

لامكان أن الاخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا بخلاف ما اذا أرخا وكان تاريخ ذى اليد أقدم كما تقدم (وعلى هذا اذا كانت الدار بأيديهما) فأقام أحدهما بينة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابى يوسف قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لم يقل بذلك والالزمه المسئلة الاولى

وعلى هذا اذا كانت الدار فى أيديهما ولو كانت فى يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف الذى وقت أولى وقال محمد الذى أطلق أولى لانه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن

دون الاخرى يجوز أن يكون قوله الاول حتى ينافيه نص العلامة الاتقانى على أنه قوله الآخر بل مراده ان قول المصنف ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول أبى حنيفة ومحمد فى مسئلتنا هذه يجوز أن يكون مبنيا على قول محمد الاول فى المسئلة الاولى فلا يلزمه المسئلة الاولى على قوله الثانى هناك وتوضيح المقام أن لمحمد فى مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضى للذى لم يؤقت وهذا مبنى على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف ما عليه أبو حنيفة ووجهه أن غير المؤقت أسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى أولية الملك وقوله الآخر ان الخارج أولى وهذا مبنى على أنه لا عبرة للتاريخ فكان المؤقت لم يؤقت فتكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر اثباتا على ما هو المعروف من مذهبنا وهو فى قوله الآخر فى هذه المسئلة مع أبى حنيفة كما انه فى قوله الاول فى المسئلة الاولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فاذا عرفت هذا فنقول لو أريد الاستدلال على قول محمد الثانى فى هذه المسئلة مع رعاية قوله الثانى فى المسئلة الاولى لم يحتج الى ذكر المقدمة القائلة ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع بل يكفى أن يقال ان بينة ذى اليد لا تقبل عنده أصلا فى غير النتاج وما فى معناه لما مر له من الدليل فى المسئلة الاولى ولكن المصنف لما قصد الجمع بين أبى حنيفة ومحمد فى دليل واحد ليستغنى عن ذكر دليل آخر لمحمد استدل على قول أبى حنيفة وقول محمد الآخر فى هذه المسئلة بما يجمعهما مراعيا قول أبى حنيفة وقول محمد الاول فى المسئلة الاولى فاحتاج الى ذكر تلك المقدمة وهذا هو المراد بالجواب الذى ذكره صاحب العناية فاين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه وقال ذلك البعض ويجوز أن تكون النكتة لابى حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا وقوله لهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اه أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن مثل هذا التوجيه فى مثل هذا المقام أمر مستبعد جدا من وجوه شتى فتبصر (وعلى هذا) أى الخلاف المذكور (اذا كانت الدار فى أيديهما) وأقاما البينة على الملك المطلق فوقتت بينة أحدهما دون بينة الآخر يعنى لا عبرة للتاريخ عندهما والدار للمؤرخ عند أبى يوسف (ولو كانت فى يد ثالث) أى ولو كانت الدار المدعاة فى يد ثالث (والمسئلة بحالها) أى وقتت بينة أحد الخارجين فى الملك المطلق دون الاخرى (فهما سواء) أى فالخارجان سواء يعنى يقضى بينهما نصفين (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف الذى وقت أولى وقال محمد الذى أطلق) أى لم يؤقت (أولى لانه) أى الاطلاق (دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) كالاولاد والاكساب (ورجوع الباعة بعضهم على بعض) أى وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض فان من أقام بينة على مطلق الملك فى جارية مثلا واستحقها وزوائدها رجع باعتها بعضهم على بعض فكان مدعى مطلق الملك كان مدعيا الملك من الاصل وملك الاصل أولى من التاريخ (ولابى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن) يعنى أن العمل بالمتيقن راجح على

وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الاول (ولو كانت) العين (فى يد ثالث والمسئلة بحالها) أى وقتت بينة أحد الخارجين فى الملك المطلق دون الاخرى (فهما سواء) يقضى بينهما نصفين (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف الذى وقت أولى وقال محمد الذى أطلق أولى لان الاطلاق دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان ملكا للاصل وملك الاصل أولى من التاريخ (ولابى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن

(قوله والالزمه المسئلة الاولى) أقول ويجوز أن تكون النكتة لابى حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا وقوله لهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان (قوله وأجيب بان ذلك الخ) أقول فيه بحث فان أولوية الخارج على قوله الآخر الذى لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقانى فى غاية البيان فراجعه (قال المصنف وقال محمد الخ) أقول هذا قوله الأول الذى يعتبر فيه السبق بالتاريخ على ما ذكره الاتقانى فتأمل أنت وقال الاتقانى وأما على قوله الآخر يجب ان يقضى بينهما نصفين ثم اعلم أن سبق التاريخ قد يكون من حيث النص وقد يكون من حيث المعنى فأبو حنيفة انما يعتبر السبق من حيث النص ومحمد على قوله الاول يعتبر السبق المعنوى أيضا فليتأمل (قوله فكان ملكا للاصل) أقول الظاهر أن يقال فكان ملكا من الاصل العمل

ولابي حنيفة أن التاريخ يضامه) أي يزاحمه (احتمال عدم التقدم) لان الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ واذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المؤرخ أيضا كذلك فاستويا في السبق واللحوق فيجعل كأنهما ملكاه معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار (قوله بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الى أقرب الاوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ قال (وان أقام الخارج وصاحب اليد الخ) وان أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد (بينة بالنتاج فذو اليد أولى) وهو استحسان وفي القياس الخارج أولى وبه أخذ ابن أبي ليلى لان بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان أن بينة ذي اليد قامت على ما لا تدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له) سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده أما قبله فظاهر وأما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم أن بينة ذي اليد انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن وأما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو أصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت أكثر اثباتا فهي أولى

كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال (وان أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) لان البينة قامت على ما لا تدل عليه فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له

العمل بالمحتمل (كما لو ادعيا الشراء) أي ادعياه من بائع واحد وأرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى كما مر (ولابي حنيفة أن التاريخ يضامه) أي يزاحمه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) أي اعتبار التاريخ يعني أنه يحتمل أن يكون تاريخ الذي أرخ سابقا على تاريخ صاحبه ويحتمل أن يكون متأخرا عنه فنزلناه مقارنا له رعاية للاحتمالين كذا في شرح تاج الشريعة وغيره (فصار) أي فصار حكم هذه المسئلة (كما لو أقاما البينة على ملك مطلق) أي بدون أن يذكرا التاريخ أصلا (بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف كما لو ادعيا الشراء (لانه) أي الشراء (أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات) وهو الحال (فيترجح جانب صاحب التاريخ) لكون شراء صاحب التاريخ حينئذ سابقا على شراء الآخر من زمان التاريخ لا محالة أقول الآن حصحص الحق من المصنف فانه قد كان استدل على مسئلة الشراء فيما مر بما هو في سمت دليل أبي يوسف ههنا وكنت استشكلته هنالك واخترت ما ذكره صاحب الكافي هنالك موافقا لما ذكره المصنف في خاتمة الكلام ههنا فتذكر (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده وهذا جواب الاستحسان وأما جواب القياس فالخارج أولى وبه أخذ ابن أبي ليلى ووجهه أن بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما فكانت بينة الخارج أولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق كذا في النهاية وكثير من الشروح ووجه الاستحسان ما أشار اليه المصنف بقوله (لان البينة) أي بينة ذي اليد (قامت على ما لا تدل عليه اليد) وهو أولية الملك بالنتاج كبينة الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له) أي لذي اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده أما قبله فظاهر وأما بعده

(قوله لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما الخ) أقول ولا يكون قوله أكثر استحقاقا بمعنى التفضيل ثم اعلم أن قوله بوجه ما متعلق بقوله الثابت (قوله ووجه الاستحسان الخ) أقول فيه بحث اذ لا يظهر فيما ذكره من وجه الاستحسان ما يصلح أن يكون جوابا عن وجه القياس فليتأمل (قوله لان بينته في نفس الامر دافعة الخ) أقول فان قيل ما الفرق بينه وبين ما اذا لم يكن لذي اليد بينة على ايداع الغائب عنده حتى قضى القاضي به للمدعي ثم وجد ذو اليد بينة على الايداع لا تسمع والقضاء للمدعي ماض والدليل الذي ذكره جار فيه قلنا ما أمكن ينبغي أن يصان القضاء عن البطلان وتحفظ الحقوق عن التوى وفي مسئلة الايداع ذلك فان الغائب اذا جاء وأقام البينة يحكم له بخلاف ما نحن فيه

وهـذا هو الصحيح خـلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان و يترك فى يده لا على طريق القضاء

فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته فى نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر واذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا كذا قرر فى العناية واكتفى به أقول يرد عليه أن وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ماذكروا من وجه القياس لان تساوى البينتين من جهة دلالة كل واحدة منهما على أولية الملك بالنتاج لا ينافى أن تكون بينة الخارج أكثر اثباتا للاستحقاق من بينة ذى اليد من جهة اثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده وعدم اثبات بينة ذى اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على ما صرح به فى وجه القياس فينبغى أن تكون بينة الخارج أولى بناء على زيادة الاثبات وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركا ذلك فزادا فى تقريرهما شيئا لدفعه حيث قالا وأما قوله ان بينة الخارج أكثر استحقاقا فقلنا نعم كذلك الا أن فى بينة ذى اليد سبق التاريخ لانها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير فكان أولى ألا يرى أنهما لو ادعيا ملكا مطلقا وأرخا وذو اليد أسبقهما تاريخا يقضى لذى اليد وان كانت فى بينة الخارج زيادة استحقاق على ذى اليد انتهى أقول و يرد عليه أن كون بينة ذى اليد مثبتة لاولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير انما نشأ من اثباتها النتاج الذى لا يتكرر وهذا المعنى بعينه موجود فى بينة الخارج أيضا لان كلا منا فيما اذا أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب ههنا وفيما اذا لم يذكرا تاريخا فان ما اذا ذكرا تاريخا مسئلة أخرى لها أقسام وأحكام أخر كما سيجىء فى آخر هذا الباب فاذا لا معنى لسبق التاريخ فى بينة ذى اليد فى مسئلتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذى ذكراه ههنا واعلم أن وجه الاستحسان الذى لا يحوم حوله شائبة اشكال ههنا ما روى أبو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه أن رجلا ادعى ناقة فى يدى رجل وأقام البينة انها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذى هى فى يده ثم اعلم أنه ذكر فى الشروح أخذا من الذخيرة أن بينة ذى اليد على النتاج انما ترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك وأما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لان ذا اليد ببينته تثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج ببينته تثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت بينة الخارج أكثر اثباتا فهى أولى انتهى ولكن قال عماد الدين فى فصوله بعد نقل ما فى الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه أبو الليث فى باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور فى الذخيرة فقال دابة فى يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذى اليد أو أعارها منه أو رهنها اياه وصاحب اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لصاحب اليد لانه يدعى ملك النتاج والآخر يدعى الاعارة أو الاجارة أو الرهن والنتاج أسبق من الاعارة والاجارة والرهن فيقضى لذى اليد وهذا خلاف ما ذكر فى الذخيرة انتهى (وهـذا) أى ماذكر من القضاء لذى اليد (هو الصحيح) واليه ذهب عامة المشايخ (خـلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان و يترك فى يده) أى يترك المتنازع فيه فى يد ذى اليد (لا على طريق القضاء) أى لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك وجه قوله أن القاضى يتيقن بكذب أحد الفريقين اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين وفى مثل هذا تتهاتر البينتان كما فى مسئلة كوفة ومكة على ما مر فى أول هذا الباب ووجه صحة ما ذهب اليه العامة أن محمدا رحمه الله ذكر فى الخارجين أقاما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك فى يد ذى اليد وكذلك قال لو كانت الشاة المذبوحة فى يد أحدهما وسواقطها فى يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها وبالسواقط لمن فى يده أصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك فى يد كل

(قوله وهـذا) أى ماذكرنا من القضاء لذى اليد (هو الصحيح) واليه ذهب عامة المشايخ (خـلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان و يترك فى يد ذى اليد لا على طريق القضاء) لان القاضى يتيقن كذب أحد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين غير متصور كمسئلة كوفة ومكة ووجه صحة ذلك أن محمدا ذكر فى خارجين أقاما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك فى يد ذى اليد والجواب عن قوله القاضى يتيقن بكذب أحد الفريقين ماذكرنا فى شهادة الفريقين على الملكين لان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة بناء على أن الشهادة على النتاج ليست بمعاينة للانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر فى التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف

(قوله كمسئلة كوفة الخ) أقول يعنى فى الشهادة (قوله ليست بمعاينة للانفصال) أقول يعنى لا يلزم فيها معاينة للانفصال

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) لان بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد) لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية

واحد منهما ما في يده والجواب عن قوله ان القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفي رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز أن يعتمد سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع أن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محلا يطلق له أداء الشهادة بان عاين أحد الفريقين أحد الخصمين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وعن هذا خرج الجواب عن مسئلة مكة وكوفة لان القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هنالك محلا يطلق لكل واحد منهما أداء الشهادة لان المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هنالك لذلك أما ههنا فبخلافه ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة أصلا فيقضى لذي اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج وعند العامة لا يحلف كذا في المبسوط والذخيرة (ولو تلقى كل واحد منهما) أى ولو أخذ كل واحد من الخارج وذي اليد (الملك من رجل) على حدة فكان هنالك تملكان (وأقام البينة على النتاج عنده) أى وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه (فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه) فيقضى به لذي اليد لان كل واحد منهما خصم عمن يتلقى الملك منه فكان المملكين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) أى خارجا كان صاحب النتاج أو ذا اليد (لان بينته) أى لان بينة صاحب اليد (قامت على أولية الملك فلا يثبت) أى فلا يثبت الملك (للآخر الا بالتلقي من جهته) أى من جهة صاحب النتاج والفرض أن الآخر لم يتلق منه (وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين) بان ادعى أحدهما الملك والآخر النتاج (فبينة النتاج أولى لما ذكرنا) من أن بينته تدل على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له) أى للثالث (الا أن يعيدها) أى البينة (ذو اليد) فحينئذ يقضى له (لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لان المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضى بثبوته في حق آخر فان أعاد ذو اليد بينته قضى له بها لتقدم البينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث قال في البدائع فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق وجه الفرق أن العتق حق الله تعالى ألا يرى أن العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان حق العبد لقدر

(ولو تلقى كل واحد) من الخارج وذي اليد (الملك من رجل فكان هنالك بائعان (وأقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه) فيقضى به لذي اليد كان البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى) خارجا كان أو ذا يد (لان بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا) أنها تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقي للآخر الا من جهته (ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم أقام الثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضيه) لان المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فان أعاد ذو اليد بينته قضى له بها لتقدم البينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث

وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء لانه بمنزلة النص قال (وكذلك النسج فى الثياب التى لا تنسج الا مرة) كغزل القطن

على ابطاله واذا كان حق الله تعالى فالناس فى اثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم فى العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت فى اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم فى الخلافة بخلاف الملك فان خالص حق العبد فالامر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالنيابة حقيقة أو بثبوت النيابة شرعا أو اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شئ من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز انتهى (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق ان أقام البينة على النتاج تقبل) أى تقبل بينته (و ينقض القضاء) أى و ينقض القضاء الاول صورته ما اذا أقام الخارج البينة على ذى اليد فى دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضى بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له و ينقض القضاء الاول كذا فى النهاية والكفاية (لانه بمنزلة النص) أى لان اقامة البينة على النتاج بمنزلة النص فى الدلالة على الاولية قطعا فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص والقضاء ينقض هنالك كذا هنا وهذا استحسان وفى القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له وجوابه أنه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا والقضاء كان خطأ فأنى يكون مقضيا عليه كذا فى العناية وغيرها أقول فيه شئ وهو أن فى ظاهر هذا الجواب خروجا عن المسئلة التى نحن بصددها فان عبارة المسئلة هكذا وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء وقد صرح فيها بكونه مقضيا عليه و ينقض القضاء فانكار كونه مقضيا عليه ينافيه ظاهرا فالاولى فى الجواب أن يقال ان كونه مقضيا عليه لا يضر بقبول بينته لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا فى نفس الامر ولكن لم يكن ظاهرا عند القاضى فاذا ظهر تبين خطأ القضاء الاول فلم يكن معتبرا فينقض كالقضاء بالظاهر فى خلافه نص قال الشراح فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن أبى ليلى يرجح بينة الخارج فينبغى أن لا ينقض قضاء القاضى لمصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذى اليد فاذا أقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول انتهى أقول لا يتوجه السؤال رأسا لان كلامنا فى أن المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء وترجيح ابن أبى ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه وأما ترجيحه بينة الخارج فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما فيما نحن فيه فغير ثابت وقد تتبعت الكتب ولم أظفر بالتصريح بذلك من أحد قط وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذى أخذ به ابن أبى ليلى لا يساعد ذلك جدا كما لا يخفى على المتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (وكذلك النسج) أى النسج كالنتاج فى أنه لا يتكرر وكل حكم عرفته فى النتاج فهو فى النسج كذلك وصورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا فى يد رجل أنه ملكه بانه نسجه فى ملكه وأقام على ذلك بينة وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد كذا فى النهاية (فى الثياب التى لا تنسج الا مرة واحدة كغزل القطن) هذا احتراز عن الثياب التى تنسج مرة بعد أخرى كالخز وفى المبسوط النسج فى الثوب موجب لاولية

الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفى القياس لا تقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجوابه أنه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا والقضاء كان خطأ فأنى يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن أبى ليلى يرجح بينة الخارج فينبغى أن لا ينقض قضاء القاضى لمصادفته موضع الاجتهاد أجيب بان قضاءه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذى اليد فاذا أقام ما تدفع به انتقض القضاء الاول قال (وكذلك النسج فى الثياب التى لا تنسج الا مرة الخ) قد تقدم أن القياس ما ذهب اليه ابن أبى ليلى أن بينة الخارج أولى فى النتاج من بينة ذى اليد وما ذهبنا اليه استحسان ترك به القياس بما روى جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها فقضى

(وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر) لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق

الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج في الدابة الا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد أخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل و ينسج ثانيا فحينئذ يقضى للخارج (وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج) قد تقدم أن القياس في دعوى النتاج ماذهب اليه ابن أبي ليلى من أن بينة الخارج أولى وان ماذهبنا اليه من كون بينة ذي اليد أولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة وهي حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه وكل ما لا يتكرر من أسباب الملك فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد) أي واتخاذ اللبد (والمرعزى) أي وجز المرعزى اذا شددت الزاى قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر العنز كذا في المغرب (وجز الصوف) فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد لبنا أنه ملكه حلبه من شاته أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه في ملكه أو ادعى لبدا أنه ملكه صنعه في ملكه أو ادعى مرعزى أنها ملكه جزها من عنزه أو ادعى صوفا أنه ملكه جزه من غنمه وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد في هذه الصور كلها لان أسباب الملك فيها لا تكون الا مرة واحدة فكانت في معنى النتاج من كل وجه فألحقت به (وان كان يتكرر) أي وان كان سبب الملك يتكرر (قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق) قال صاحب النهاية والمعنى فيه أن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكاله بهذا السبب بعدما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور أن يصير للخارج بنسجه فكان في معنى دعوى النتاج انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث أما أولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجيء بعد أسطر وأما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى أقول كلا بحثيه ساقط جدا أما الاول فلانه لا يقضى ههنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة الى ذي اليد حيث كان المدعى للخارج بل انما يقضى ههنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها أكثر اثباتا كما في الملك المطلق فلم يعتبر الاسبب واحد هو للخارج بخلاف ما سيجيء بعد أسطر حيث يقضى هناك على قول محمد بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعى للخارج فيتجه عليه من قبل الامامين أن يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك وحيث لم يثبت الملك لذي اليد لم يكن السبب مفيد الحكمه بالنسبة اليه فلم يعتبر وسيتضح لك الامر هناك ان شاء الله تعالى وأما الثاني فلان ماذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الاسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك بل هو مجرد بيان كون دعوى الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على أولية الملك كالنتاج بل يحتمل أن يثبت به الملك أولا وثانيا كالملك المطلق وانما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج أكثر اثباتا من بينة ذي اليد كما تحقق في مسئلة دعوى الملك المطلق ولا حاجة الى بيانه ههنا ومفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق

رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه فما لا يتكرر من أسباب الملك اذا ادعاه به كان كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل قطن أنه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل ثوبا أنه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه أو ادعى لبنا أنه ملكه حلبه من شاته أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه في ملكه أو لبدا بانه صنعه أو مرعزى وهي كالصوف تحت شعر العنز أو صوفا مجزوزا بانه ملكه جزه من شاته وأقام على ذلك بينة فادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما تكرر من ذلك قضى به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة أخرى وينسج فاذا ادعى ثوبا بانه ملكه من خزه أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة قضى به للخارج لانها ليست في معنى النتاج لتكررها

(قال المصنف وان كان يتكرر الخ) أقول فيه أن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذي اليد أولى فلا بد من الفرق (قال المصنف بمنزلة الملك المطلق) أقول قال في النهاية والمعنى فيه أن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكاله بهذا السبب بعدما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه انتهى وفيه بحث أما أولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجيء بعد أسطر وأما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك

وهومثـل الخز والبناءوالغرس وزراعـةالحنطة والحبوب فان أشكل يرجع الى أهـل الخبرة لانهم أعرف به فان أشكل عليهـم قضى به للخارج لان القضاء ببينتـه هو الاصـل والعدول عنه بخبر النتاج فاذالم يعـلم يرجع الى الاصـل قال (وان أقام الخارج البينـة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منـه كان صاحب اليد أولى) لان الاول ان كان يدعى أوليـة الملك فهذا تلقى منه وفى هذا لاتنافى فصاركما اذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه

البيان واستشكل ذلك البعض قول المصنف وان كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه ان الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذى اليد أولى فلابد من الفرق أقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذواليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما اذا ادعيا الملك المطلق فلا تفاوت بينهما على ماصرح به فى عامة المعتبرات وذكره الشارح الاتقانى فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فلا اشتباه هنالك وأما اذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذى اليد أولى كما مر فى الكتاب فوجه الفرق بينـه وبين مانحن فيه هو أن كلا من الخارج وذى اليـد هنالك أثبت ببينته الاستحقاق على ثالث حيث ادعيا تلقى الملك من جهته كما صرحوا به فكان ماادعياه سبب الاستحقاق على الغير لاسبب الملك وحـده فلم يكن فى معنى الملك المطلق بخلاف مانحن فيه ولعل فى كلام المصـنف ايماء الى ذلك حيث قال وكذلك كل سبب فى الملك لايتكرر ثم قال وان كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكمى مايتكرر ومالايتكرر فى سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق (وهو) أى السبب المتكرر فى الملك (مثل الخز) أى مثل نسج الخز وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخـذ من وبره خزا كذا فى المغرب قيل هو ينسج فاذا بلى يغـزل مرة أخرى و ينسج (والبناء والغرس و زراعة الحنطة والحبوب) أى وزراعة الحنطة وسائر الحبوب فاذا ادعى كل واحـد من الخارج وذى اليـد ثوبا أنه ملكه نسجـه من خزه أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غـرسا أنه ملكه غرسه أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب كـذلك وأقاما على ذلك بينـة قضى بذلك للخـارج فى هذه الصور كلها لان أسباب الملك فيها ليست فى معـنى النتاج لتكررها أما الخز فلما نقلناه وأما البناء فلانه يكون مرة بعـد أخرى وأما الغرس فكذلك وأما الحنطة والحبوب فلانها تزرع ثم يغربل التراب فتميزا لحنطة والحبوب ثم تزرع ثانيـة فاذا لم تكن فى معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق (فان أشكل) أى فان أشكل شئ لايتيقن بالتكرار وعـدمه فيـه (يرجع الى أهـل الخبرة) أى يسأل القاضى أهـل العـلم عن ذلك يعنى العدول منهـم و يبنى الحكم على قولهـم (لانهـم أعرف به) قال الله تعالى فاسألوا أهـل الذكر ان كنتم لاتعلمون الواحـد منهم يكفى والاثنان أحوط كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط والذخيرة (فان أشكل عليهم) أى فان أشكل ذلك على أهل الخبرة أيضا (قضى به) أى بالمشكل (للخارج لان القضاء ببينته) أى ببينة الخارج (هو الاصل) لانه القياس (والعدول عنه بخبر النتاج) أى والعدول عن الاصل كان بخبر النتاج أى بحديث النتاج وهو حديث جابر رضى الله عنه كما رويناه من قبل فى وجـه الاستحسان (فاذا لم يعلم يرجع الى الاصـل) الذى هو القياس (قال) أى القدورى فى مختصره (وان أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينـة على الشراء منـه) أى من ذلك الخارج (كان صاحب اليـد أولى لان الاول) أى الخارج (ان كان يدعى أوليـة الملك) وفى بعض النسخ ان كان يثبت أولية الملك (فهذا) أى فصاحب اليد (تلقى منـه) أى تلقى الملك من ذلك الخارج (وفى هذا لاتنافى) كما لايخفى (فصار) أى فصار حكم هذه المسئلة (كما اذا أقر بالملك له) أى كما اذا أقر صاحب اليد بالملك للخارج (ثم ادعى) أى صاحب اليد (الشراء منه) أى من الخارج قال صاحب النهاية ذكر فى الفصول والحاصـل أن الخارج مع ذى اليـد اذا ادعيا ملكا مطلقا ففى كل الصور الخارج أولى الا اذا أقام صاحب اليد بينة على النتاج

أما الخز فلما نقلناه وأما فى الباقيـة فان البناء يكون مرة بعـد أخرى وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم يغـربل التراب فتميز الحبـوب ثم تزرع ثانية واذا لم يكن فى معناه لايلحق به (فان أشكل) شئ لايتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع الى) العدول من (أهل الخبرة) ويبنى الحكم عليه قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لاتعلمون (فان أشكل) على أهل الخبرة (قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول كان بخبر النتاج) كما روينا (واذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال واذا أقام الخارج البينة على الملك الخ) واذا أقام الخارج البينة على الملك وذو اليـد على الشراء منه فذو اليد أولى لان الخارج ان كان يدعى أولية الملك فذو اليد تلقى منه ولاتنافى فى هـذا فصار كما لو أقـر ذو اليـد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه

قال (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد) قال وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضي بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لان القبض دلالة السبق على مامر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما أن الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق

أو أرخا وتاريخ صاحب اليد أسبق وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب تترجح بينة صاحب اليد أيضا وهي فيما اذا أقام الخارج البينة على الملك وأقام صاحب اليد البينة على أنه اشتراه من المدعي ان كان المدعي أثبت أولية الملك فهذا ألحق منه فحصل من هذا أن بينة ذي اليد تترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلاث التي ذكرناها انتهى أقول لا مساس لهذه الصورة التي ذكرت في الكتاب بما ذكر في الفصول لانه فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول والحاصل أن الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا الخ وما ذكر في الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة الى الصورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء وجعل ما تترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صورا ثلاثا كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له لانه ان أراد أن ما تترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق هذه الصور الثلاث ليس بصحيح كما لا يخفى وان أراد أن ما تترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق أو غيره هذه الصور الثلاث فليس بتام لان ما تترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر في هذه الصور الثلاث بل متحقق في غيرها أيضا كما اذا ادعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ أحدهما أسبق على ما سبق في الكتاب (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام كل واحد منهما) أي من الخارج وذي اليد (البينة على الشراء من الآخر) أي أقام الخارج البينة على أنه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد وأقامها ذو اليد على أنه اشتراها من الخارج (ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد) بغير قضاء (قال) أي المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضي بالبينتين وتكون) أي وتكون الدار (للخارج لان العمل بهما) أي بالبينتين (ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) أي ثم باع ذو اليد من الخارج (ولم يقبض) الخارج (لان القبض دلالة السبق) أي لان قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء (كما مر) اشارة الى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى (ولا يعكس الامر) أي لا يجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أولا ثم باعها اياه (لان البيع قبل القبض لا يجوز) يعني أن العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز (وان كان) أي وان كان البيع (في العقار عنده) أي عند محمد رحمه الله (ولهما) أي ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أن الاقدام على الشراء اقرار منه) أي من المشتري (بالملك للبائع فصار) أي فصار أمر هذه المسئلة (كانهما) أي البينتين (قامتا على الاقرارين) أي على الاقرارين من الطرفين (وفيه التهاتر بالاجماع فكذا ههنا) أي فيما نحن فيه (ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك) هذا دليل آخر متضمن للجواب عما قاله محمد ان العمل بالبينتين ممكن يعني أن السبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا لحكمه كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات (وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق) أي للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد فانما نقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة ههنا

(قال وان أقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد وأقامها ذو اليد انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد) قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يقضى بهما لامكان العمل بهما وذلك بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا يعكس) أي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد أولا ثم باعه اياه (لان) ذلك يستلزم (البيع قبل القبض) وذلك (لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما أن الاقدام على الشراء اقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك) يعني أن السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات (و) ههنا (لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق) للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد انما نقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة اليه

(قوله ثم باع ولم يقبض) أقول يعني ولم يقبض الخارج (قوله لحكمه وهو الملك) أقول قوله هو راجع الى الحكم

فبقى القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول

مفيد الحكم بالنسبة اليه (فبقى القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده) فلم يكن معتبرا فلم يمكن العمل بالبينتين أقول لطالب أن يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما اذا أقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة على النتاج ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هنالك عند أئمتنا الثلاثة على ما هو الصحيح بل قضى ببينة ذى اليد له بناء على أن البينتين استويا فى الاثبات وترجحت بينة ذى اليد باليد كما مر وتهاترتا ههنا عندهما مع الاشتراك فى العلة المذكورة هنالك فتأمل فى الفرق (ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا) أى اذا استوى الثمنان (لوجود قبض مضمون من كل جانب) لعدم القضاء بشئ من العقدين عندهما وان كان أحد الثمنين أكثر رجع بالزيادة كذا فى شرح الكنز للزيلعى ثم ان هذا أى التقاص اذا كان المقبوض هالكا وان كان قائما وجب رده كذا فى الكافى فان قلت تهاترت البينتان فى الشراء عندهما فينبغى أن يكون كذلك فى حق النقد لانه فى ضمنه قلت أمكن أن لا تقبل البينة فى حق شئ وتقبل فى حق شئ آخر كالمرأة اذا أقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لا تقبل فى حق الطلاق وتقبل فى حق قصر يد الوكيل كذا فى شرح تاج الشريعة (وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) أى لوجوب الثمن عند محمد فان البينتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا) أى البينتان (بالاجماع) لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه وفى مثل هذا الاقرار تهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس فى البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر لاحقا فاذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر فى القبول تساقطا للتعارض فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المصنف (لان الجمع غير ممكن عند محمد) أى لان العمل بهما غير ممكن عنده (لجواز كل واحد من البيعين) مع عدم أولوية أحدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالته فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين بحيث متى لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالين سقط العمل بهما فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف وههنا أيضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقيت العين فى يد صاحب اليد كما كانت (بخلاف الاول) أى بخلاف ما اذا لم يذكر القبض فى شهادتهما حيث يجعل هنالك شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة القبض على السبق اذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر هذا زبدة ما فى جملة الشروح فى حل هذا المقام أقول لقائل أن يقول لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما حيث يجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما اذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا هنالك بالعين بينهما نصفين كما مر فى صدر هذا الباب وأيضا قلنا اذا ادعى اثنان عينا فى يد ثالث كل واحد منهما يدعى انه اشتراها منه وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العين بنصف الثمن وان شاء ترك وقد مرت هذه المسئلة أيضا فى هذا الباب وقد مرت فيه أيضا مسائل أخرى مشتركة فى هذا الحكم أعنى التنصيف بلا خلاف بين أئمتنا ولا يخفى أن ما ذكروا ههنا التخريج محمد رحمه الله ينتقض بكل واحدة منها فتدبر وفى الكافى وما ذكره

(فبقى القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) فان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا الثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع) لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفى مثل هذا الاقرار تهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس فى البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر فى القبول تساقطا فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله (لان الجمع غير ممكن) لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وههنا لم يمكن

(وان وقتت البينتان فى العقار) وقتين فاماأن يكون وقت الخارج أسبق أووقت ذى اليدوكل منهماعلى وجهين اماأن يشهدوا بالقبض أولافان كان وقت الخارج أسبق (فان لم يشهدوا بالقبض قضى به الذى اليد عندأبى حنيفة وأبى يوسف فيجعل كان الخارج اشترى أولاثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز فى العقار عندهماوعند محمد يقضى به للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقى على ملكه وان شهدوا بالقبض يقضى بها لصاحب اليد) بالاجماع لانه يجعل كان الخارج باعها من بائعه بعد ماقبضها وذلك صحيح على القولين جميعا (وان كان وقت ذى اليد أسبق يقضى للخارج فى الوجهين) جميعا يعنى سواء شهدوا بالقبض أولم يشهدوا أمااذاشهدوا به فلااشكال وأمااذالم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراها وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف جمع الوجهين فى قوله فيجعل كأنه اشتراه ذواليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذاباعتبار عدم اثبات القبض أوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر من عارية أو اجارة باعتبار اثبات القبض قال (وان أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد والترجيح لايقع بكثرة العلل بل بقوة فيها) ألاترى أن الخبر الواحد لايترجح بخبر آخر ولاالآية بآية أخرى لان كل واحدمنهما علة بنفسه والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (كما عرف) فى أصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة لانهاصفة الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد لانهاليست بصفة للشهادة بل هى مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل

وان وقتت البينتان فى العقار ولم تثبتاقبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليدعندهمافيجعل كان الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهماوعند محمد يقضى للخارج لانه لايصح بيعه قبل القبض فبقى على ملكه وان أثبتاقبضا يقضى لصاحب اليدلان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج فى الوجهين فيجعل كانه اشتراهاذواليد وقبض ثم باع ولم يسلم أوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال (وان أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهماسواء) لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد والترجيح لايقع بكثرة العلل بل بقوة فيهاعلى ماعرف

فى الهدايه من أنه لوشهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين يخالف ماذكر فى المبسوط والجامع الكبير وغيرهمامن أنه لوشهدوا بالبيع والقبض يقضى بالبينتين عند محمد فيقضى بالدار لذى اليد لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن لانهما أثبتا العقدين والقبض فيجعل كان ذا اليد باعها وسلمها انتهى (وان وقتت البينتان فى العقار) وقتين قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كماذكر كذافى النهاية ومعراج الدراية (ولم تثبتاقبضا) أى ولم تثبت البينتان قبضا وفى بعض النسخ ولم تبيناقبضا (ووقت الخارج أسبق) أى والحال أن وقت الخارج أسبق (يقضى لصاحب اليدعندهما) أى عندأبى حنيفة وأبى يوسف (فيجعل كان الخارج اشترى أولاثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهماوعند محمد يقضى للخارج لانه لايصح بيعه) أى بيع العقار (قبل القبض عنده فبقى على ملكه) أى فاذالم يصح بيعه قبل القبض بقى على ملك الخارج (وان أثبتاقبضا) أى وان أثبتت البينتان قبضا وباقى المسئلة على حاله وفى بعض النسخ وان بيناقبضا (يقضى لصاحب اليد) أى بالاجماع فيجعل كأن الخارج باع ذلك من بائعه بعدماقبضه (لان البيعين) أى بالوجه المزبور (جائزان على القولين) أى على قولهما وقول محمد (وان كان وقت صاحب اليدأسبق) وباقى المسئلة على حاله (يقضى للخارج فى الوجهين) أى سواء أثبتت البينتان القبض أولم تثبتاه (فيجعل كانه اشتراه ذواليد وقبض ثم باع ولم يسلم) أى ثم باع ذواليد من الخارج ولكن لم يسلم اليه هذا باعتبار عدم اثبات القبض (أوسلم) أى سلم ذواليد الى الخارج (ثم وصل اليه) أى الى ذى اليد (بسبب آخر) من اجارة أواعارة أوغيرهما وهذا باعتبار اثبات القبض فقد جمع المصنف الوجهين فى تقريره هذا كماترى فان قلت بقى من أقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكرا فى الكتاب احداهما أن توقت البينتان وقتا واحدا وثانيتهما أن توقت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما كحكم مااذالم توقتا أصلانص عليه فى غاية البيان نقلاعن مبسوط شيخ الاسلام (قال) أى القدورى فى مختصره (وان أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهماسواء) أى الاثنان والاربعة من الشهود سواء (لان شهادة كل شاهدين علة تامة) لوصولها الى حد النصاب الكامل (كما فى حالة الانفراد) فى غير الشهادة فى الزنا (والترجيح لايقع بكثرة العلل بل) يقع (بقوة فيها) أى فى العلة ألايرى أن الخبر لايترجح بخبر آخر والآية لاتترجح بآية أخرى لان كل واحدمنهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (على ماعرف) أى فى علم أصول الفقه وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحداهما مستورة والاخرى

(قوله أمااذاشهدوا به فلااشكال) أقول فيه بحث

قال (واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة) وعندهما هي بينهما أثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك أن عند أبي حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلى بسبب غير صحيح يضرب أي يأخذ بحسب كل حقه بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له بأكثر من الثلث وعندهما أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا فعلى هذا أمكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق ومما اتفقوا على العول فيه العول في التركة أما على أصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شئ وأما على أصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي أما على أصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه وأما على أصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى أصل أبي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة فيقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد أقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين على معنى أن حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فتكون بينهما أثلاثا

الائمة

قال (واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة) اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما (وقالا هي بينهما أثلاثا) فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثا

عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا تترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر لا أن يكون بعضها صفة للبعض الى هذا أشار في التقويم كذا في النهاية (قال) أي القدوري في مختصره (واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما) فتجعل الدار على أربعة لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف وأقله أربعة كذا في الكافي (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هي) أي الدار (بينهما) أي بين المدعيين (أثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين) أي يأخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيأ بحكم ماله من الثلث كذا في النهاية ومعراج الدراية (وصاحب النصف بسهم واحد) أي وصاحب النصف يضرب بكل حقه أيضا وهو سهم واحد اذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا الى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد (فتقسم) بينهما (أثلاثا) أي فتقسم الدار بين المدعيين أثلاثا ثلثاها لمدعي الجميع وثلثها لمدعي النصف واعلم أن أصل أبي حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلى بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له بأكثر من الثلث وأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا فعلى هذين الاصلين أمكن الاتفاق بين

ولهـذه المسئلة نظائر وأضـداد لايحتملها هذا المختصر وقدذكرناها فى الزيادات قال (ولو كانت فى أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء) لانه خارج فى النصف فيقضى ببينته والنصف الذى فى يديه صاحبه لايدعيه لان مدعاه النصف وهو فى يده سالم له ولولم ينصرف اليـه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك فى يده

الائمة الثـلاثة على العول وعلى المنازعة وأمكن الافتراق فمما اتفقوا على العول فيـه العول فى التركة أما على أصله فلان السبب لايحتاج الى ضم شئ وأما على أصلهما فلانها وجبت بسبب حق فى العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولى أما على أصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه وأما على أصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان فى الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى أصله سبب استحقاق كل منهما هو الشـهادة وهى تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقـدم فـلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين فى الكتاب وعلى أصلهما حق كل واحـد من المدعيين فى العين بمعنى أن حق كل منهـما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهـذا كانت القسمة فيـه بطريق العول كما ذكر فى الكتاب ثم اعـلم أن أصلهما ينتقض بحق الغرماء فى التركة فان قسمة العـين بينهم بسبب حق كان فى الذمة لا فى العـين ومع ذلك كانت القسمـة عولية كذا فى المبسوط قال المصنف (ولهـذه المسئلة نظائر وأضـداد) أى للمسئلة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة بالمنازعة وصاحباه بالعول كما فى هذه المسـئلة وأضداد حكم فيها أبو حنيفة بالعول وصاحباه بالمنازعـة على عكس ما فى هذه المسـئلة (لايحتملها) أى النظائر والاضداد (هـذا المختصر) يعنى الهـداية (وقد ذكرناها فى الزيادات) فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعـين مع الموصى له بنصف ذلك اذا لم يكن للميت مال سواه ومن أضدادها العبد المـأذون له المشترك اذا اذانه أحد المولين مائة درهـم وأجنبى مائة درهـم ثم بيع بمائة درهـم فالقسمة بين المولى المـدين والاجنبى عنـد أبى حنيفة بطريق العول أثلاثا وعندهما بطريق المنازعة أرباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولى قيمته لهـما كذا فى الكافى والشروح فتذكر الاصلين المذكورين يسـهل عليـك استخراج هذه الصور (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو كانت فى أيديهما) أى ولو كانت الدار فى أيدى المدعيين والمسـئلة بحالها (سلم لصاحب الجميع) أى لمدعى الجميع (نصفها على وجه القضاء) وهو الذى كان بيد الآخر (ونصفها لا على وجه القضاء) وهو الذى كان بيد نفسـه (لانه خارج فى النصف) أى لان صاحب الجميع وهو مـدعى الجميع خارج فى النصف الذى كان فى يد مدعى النصـف (فيقضى ببينته) أى فيقضى ببينة صاحب الجميع فى حق ذلك النصـف بناء على أن بينة الخارج أولى من بينـة ذى اليد فتم دليـل قوله نصـفها على وجـه القضاء وبقى دليـل قوله ونصـفها لا على وجـه القضاء وهو قوله (فالنصف الذى فى يديه) أى فى يدى صاحب الجميع (صاحبه لايدعيه) أى صاحب صاحب الجميع أى خصمـه وهو مدعى النصف لايدعى ذلك النصف (لان مـدعاه) أى مدعى صاحبه وهو مدعى النصـف (النصف وهو فى يده سالم له) توضيحه أن دعوى مـدعى النصـف منصرفة الى ما فى يده لتكون يده يدا محقة فى حقـه لان حمل أمور المسلمين على الصحة واجب فمدعى النصف لايدعى شيأ مما فى يد صاحب الجميع لان مـدعاه النصف وهو فى يده فسـلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعـة كذا فى الكافى (ولو لم ينصرف اليه دعواه) أى ولو لم ينصرف دعوى مدعى النصف الى النصـف الذى فى يده (كان ظالما بامساكه) أى كان مدعى النصف ظالما بامساك ما فى يده وقضية وجوب حمل أمر المسلم على الصحة قاضيـة بخلافه (ولا قضاء بدون الدعوى فيـترك فى يده) أى واذا لم يدع مدعى النصـف

ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لاتحتملها المختصرات قال المصنف (وقد ذكرناها فى الزيادات) فمـن نظائرها المـوصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك اذا اذانه أحد المولين مائة درهم وأجنبى مائة درهـم ثم بيع بمائة درهم فالقسمـة بين المولى المـدين والاجنبى عند أبى حنيفة بطريق العول أثلاثا وعندهما بطريق المنازعة أرباعا فتـذكر الاصـلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج قال (ولو كانت الدار فى أيديهما الخ) الاصل فى هذه المسئلة أن دعوى كل واحـد من المدعيـين تنصرف الى ما فى يده لئلا يكون فى امساكه ظالما حملا لامور المسلمـين على الصحة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فاذا كانت الدار فى أيديهما فمـدعى النصف لايدعى على الآخر شيأ ومدعى الكل يدعى عليه النصـف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان أقامها فله جميع الدار نصـفها على وجه القضاء وهو الذى كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينـة ذى اليـد وبينة الخارج أولى فيقضى له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذى كان بيـده لان صاحبـه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك فى يده

(قوله واذا تنازعا فى دابة الخ) اذا تنازع اثنان فى دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح وان أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاماها ولا تاريخ لهما عدا اذا كانا خارجين وان كان أحدهما ذا اليد فان وافق سن الدابة تاريخه أو أشكل قضى به لذى اليد اما لظهور علامة الصدق فى شهوده أو سقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذى اليد قال عامة المشايخ تهاتر البينتان وتترك الدابة فى يدى ذى اليد (قوله وان خالف سن الدابة الوقتين) يعنى فى الخارجين (بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم) لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا فتترك الدابة فى يد من هى فى يده قضاء ترك كأنهما لم يقيما البينة قال فى المبسوط الاصح ما قاله محمد من الجواب وهو أن تكون الدابة بينهما فى الفصلين يعنى فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين فى دعوى الخارجين أما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك ان كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفى هذا الموضع فى اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك فى الدابة وقد استويا فى ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هى فى يدى ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذى اليد فكيف تترك فى يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال اذا كان سن والظاهر

قال (واذا تنازعا فى دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لان الحال يشهد له فيترجح (وان أشكل ذلك كانت بينهما) لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم رحمه الله لانه ظهر كذب الفريقين فيترك فى يد من كانت فى يده

النصف الذى فى يدى مدعى الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف فى يدى مدعى الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها الاعلى وجه القضاء أيضا فيثبت المدعى بشقيه قال صاحب العناية الاصل فى هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما فى يده كى لا يكون فى امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد انتهى أقول فيه نظر وهو أن انصراف دعوى مدعى الجميع من المدعيين الى ما فى يده غير معقول لانه ان جعل الذى فى يده الكل لا يبقى للمقدمة القائلة وان بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد مدخل فى هذه المسئلة ولا يصح قول المصنف لانه خارج فى النصف ولا قول صاحب العناية فى أثناء الشرح ومدعى الكل مدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذى فى يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه الى ما فى يده لانه يدعى الكل وهو ليس فى يده وأيضا لا يتم قوله كى لا يكون فى امساكه ظالما بالنسبة اليه لان الانسان لا يكون ظالما بامساك حقه وان كان فى يد غيره ومدعى الكل يدعى أن جميع ما فى أيديهما حقه فالحق أن الذى ينصرف دعواه الى ما فى يده انما هو مدعى النصف منهما كما هو المذكور فى الكافى وغيره وقد مر منا فى أثناء شرح كلام المصنف (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا تنازعا) أى تنازع اثنان (فى دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) أى الذى يوافق سن الدابة تاريخه أولى من الآخر (لان الحال يشهد له) يعنى أن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له (فيترجح) أى فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه واعلم أنه لا فرق فى هذا بين أن تكون الدابة فى أيديهما أو فى يد أحدهما أو فى يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى فى النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذى اليد ان كانت فى يد أحدهما أو لهما ان كانت فى أيديهما أو يد ثالث كذا ذكره الامام الزيلعى فى شرح الكنز (وان أشكل ذلك) أى سن الدابة (كانت بينهما) أى كانت الدابة بينهما نصفين (لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا) هذا الجواب فى الخارجين وان كان أحدهما صاحب اليد ودعواهما فى النتاج ووقتت البينتان وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق فى بينته وعلامة الكذب فى بينة ذى اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذى اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذى اليد اما لظهور علامة الصدق فى بينته أو سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا فى المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كان سن الدابة بين الوقتين وذكر فى الذخيرة فى ذلك تتهاتر البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة فى يد صاحب اليد كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وان خالف سن الدابة الوقتين) قال الشراح أى فى دعوى الخارجين أقول لم يظهر لى فائدة هذا التقييد كما سنبين (بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين) وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا (فتترك) أى الدابة (فى يد من كانت فى يده)

(قوله وقد اتفق الفريقان الخ) أقول فى غاية البيان تفصيل متعلق بالمقام فراجعه

الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ وتترك فى يد ذى اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ لان مقصود المدعى ليس بمعتبر فى الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذى اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب (واذا كان عبد فى يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهما سواء) لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

﴿فصل فى التنازع بالايدى﴾ لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما أن الاول أقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد (قال واذا تنازعا فى دابة الخ) اذا تنازع اثنان فى دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لان تصرفه أظهر لان الركوب يختص بالملك يعنى غالبا

قال (واذا كان عبد فى يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) لاستوائهما فى الاستحقاق

﴿فصل فى التنازع بالايدى﴾ قال (واذا تنازعا فى دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى) لان تصرفه أظهر فانه يختص بالملك

والظاهر أن هذا يعم الصور الثلاث أعنى ما اذا كانت الدابة فى يد ثالث وما اذا كانت فى أيديهما وما اذا كانت فى يد أحدهما اذ لا فارق بينهن فى الوجه الذى ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة فى التقييد المار وفى المبسوط من مشايخنا من قال تبطل البينتان والاصح ما قاله محمد من الجواب وهو أن تكون الدابة بينهما فى الفصلين يعنى فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين فى دعوى الخارجين أما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك اذا كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفى هذا الموضع فى اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك فى الدابة وقد استويا فى ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هى فى يد ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذى اليد فكيف تترك فى يده مع قيام حجة الاستحقاق كذا ذكر فى أكثر الشروح قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ وتترك فى يد ذى اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ لان مقصود المدعى ليس بمعتبر فى الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذى اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى أقول يمكن أن يجاب عن قوله وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ الى قوله لانه ليس بحجة مع وجود المكذب بان الموجود مكذب الوقتين لا مكذب أصل البينتين فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار أصل البينتين وهو اثبات الاستحقاق للمدعيين على ذى اليد فلا قادح لما فى المبسوط ويرشد الى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وان خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره فى ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم فى مختصره ان فى رواية أبى الليث تهاترت البينتان قال وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى فى يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا انتهى كلامه فتأمل ترشد (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (واذا كان عبد فى يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) أى العبد بين المدعيين (لاستوائهما) لان المودع لما جحد الوديعة صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين

﴿فصل فى التنازع بالايدى﴾ لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى بيان وقوعه بظاهر اليد فى هذا الفصل لما أن الاول أقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا تنازعا) أى تنازع اثنان (فى دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لان تصرفه) أى تصرف الراكب (أظهر فانه) أى الركوب (يختص بالملك) يعنى

﴿فصل فى التنازع بالايدى﴾ (قوله لان الركوب يختص بالملك الخ) أقول قال العلامة الزيلعى بخلاف ما اذا أقاما البينة انتهى يعنى المتعلق باللجام أو الكم ثم قال الزيلعى حيث تكون بينة الخارج أولى لانها حجة مطلقا وبينة الخارج أكثر اثباتا وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان فى يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك فى يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى فأقول المفهوم منه أن القضاء للراكب واللابس قضاء ترك فتأمل فيه فانه خلاف ما يفهم من الكتاب

(وكذا اذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى لما ذكرنا ونقل الناطفي) هذه الرواية من النوادر وأما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين في السرج فانها بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف (واذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فلابسه أولى لانه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء) لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشئ من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بأيديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما وبهذا فرق بينه وبين الدار اذا ادعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما الا بطريق الترك ولا بغيره لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد أن كانت في مكانها الذي يثبت يد المختط له فيه عليها لم تتحول الى محل آخر فكانت يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد لا تجوز القضاء لغيره لان شرط جوازه العلم بان المدعى ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد فيما

(وكذلك اذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى) بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف (وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل أولى) لانه هو المتصرف (وكذا اذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى) لانه أظهرهما تصرفا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا

غالبا قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بخلاف ما اذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر اثباتا على ما بيناه وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والترجيح انتهى (وكذا اذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب) أي في السرج (أولى) لان العادة جرت بان الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا كذا في الكافي وغيره واعلم أن ما ذكر في الكتاب من أن كون الراكب في السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى وأما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان كذا في غاية البيان والعناية (بخلاف ما اذا كانا راكبين) يعني في السرج (حيث تكون) أي الدابة (بينهما) قولا واحدا (لاستوائهما في التصرف) أما اذا كان أحدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها قال مشايخنا ينبغي أن يقضى للذي هو ممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك أما الذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة (وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف) فهو ذو اليد (وكذا اذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لانه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا كذا في الشروح (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما كذا في الشروح قال المصنف (معناه لا على طريق القضاء) أي معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لا على طريق القضاء وعلل المسئلة بقوله (لان القعود ليس بيد عليه) أي على البساط حتى لا يصير غاصبا به (فاستويا) أي فاستوى المتنازعان فيه فيجعل في أيديهما لعدم المنازع لهما هذا وقال صاحب النهاية في حل هذا المقام لان اليد على البساط لا تثبت الا باحدى الطريقين اما باثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل واما بكونه في يده حكما بان كان في بيته ولم يوجد شئ من ذلك في البساط فانا نراه موضوعا على قارعة الطريق لما علم أنه ليس في يد غيرهما ولا في يدهما وهما مدعيان يقضى بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى أقول يرد عليه أن هذا الشرح لا يطابق المشروح لان المصنف قال معناه لا على طريق قضاء وهو يقول يقضى بينهما فبينهما تدافع ظاهر فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف لا على طريق القضاء الاستحقاق ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك فلا تدافع بينهما قلت لا مجال لان يكون المراد بالقضاء بينهما ههنا قضاء الترك أيضا اذ لا بد في قضاء الترك من أن يعرف كون المدعى في يد المدعى كما يفصح عنه ما ذكره صاحب العناية أيضا هنالك وصاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما سيجيء في مسئلة التنازع في الحائط حيث قال ومعنى القضاء بينهما أنه اذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك فان لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما معا لانه لا منازع لهما الا أنه يقضى بينهما انتهى فانه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في أيديهما من جهة أن الاول فيما عرف كون المدعى في أيديهما والثاني فيما

(قوله حيث لم يقض بها) أقول بل يجعل في أيديهما وفرق ما بين الجعل في أيديهما والقضاء بينهما قضاء الترك كما سيجيء في آخر هذه الورقة

قال (واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان) لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق قال (واذا كان صبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حر فالقول قوله) لانه في يد نفسه

فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم تتحقق يد لواحد من المدعيين على ما تقرر آنفا فلم يعرف كون المدعى في أيديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك أيضا فلم يتيسر التوفيق المذكور فكان صاحب العناية تنبه لهذا فقال لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشئ من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في أيديهما لكن هذا أيضا لا يخلو عن قصور لان استعمال الترك في اليد يقتضي سبق تحقق اليد وههنا ليس كذلك كما تبين فحق الكلام في هذا المقام أن يقال فيجعل في أيديهما أي يوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكرته فيما قبل لانه حينئذ يطابق الشرح المشروح ويطابق المقام ما يظهر مما سيجيء في مسئلة التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في أيديهما بلا قضاء وأيضا لا تبقى الحاجة حينئذ الى ما ذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار اذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضى بها بينهما ولا الى ما ارتكبوا في وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهم اذ يظهر حينئذ أن حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين أن لا يقضى بين المدعيين بالمدعى بناء على أن ليس لاحد منهم ما يدعيه حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء بل أن يجعل المدعى في أيديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما في الدعوى فتدبر (قال) أي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير (واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة) فان كل واحد منهما متمسك باليد الا أن أحدهما أكثر استمساكا (فلا توجب زيادة في الاستحقاق) يعني أن مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان اذ لا ترجيح بكثرة العلل كما مر فصار كما لو تنازعا في بعير ولاحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة وكما لو أقام أحدهما الاثنين من الشهود والآخر أربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التي ذكرت من قبل لان الزيادة هنالك ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كذا في العناية ثم ان هذا يدل على أن جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى أنه له كان القول قوله لكن هذا اذا عرف أن مثل هذا الثوب كان له في العادة والا فلا لانه ذكر في المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا الرجل الذي على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له وان لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفي القدوري لو أن خياطا يخيط ثوبا في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالي أخذته من منزلي قال أبو حنيفة القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل في شئ ما خلا ثيابه التي عليه ان كانت الثياب مما يلبسه وقال أبو يوسف ان كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شئ من الاشياء بان كان مثلا حمالا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت أو كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الاسواق فالقول قوله ولا أصدق قول رب الدار عليه والا فلا فانت في هذه المسائل أن صاحب اليد انما تعتبر يده وان كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك له عادة والا فلا كذا في النهاية ومعراج الدراية (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (واذا كان صبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه) أي يعقل فحوى ما يجري على لسانه كذا في الكافي وفي معناه قول الشراح أي يتكلم ويعقل ما يقول (فقال) أي الصبي (أنا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه) فكان هو صاحب اليد

(واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة) فان كل واحد منهما مستمسك باليد الا أن أحدهما أكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال (واذا كان صبي في يد رجل) يدعي رقه فلا يخلو اما أن يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه أولا فان كان الاول فان لم ينف فهو عبد ذي اليد وان نفاه فقال أنا حر فالقول قوله لانه أنكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه

(قوله واذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه) أقول يعني يدعي ذلك الرجل (قوله اما أن يكون الصبي ممن يعبر) أقول أي يتكلم ويفهم ما يقال

(ولو قال أنا عبد لفلان) غير ذي اليد (فهو عبد ذي اليد لانه أقر أنه لا يد له على نفسه باقراره بالرق) قيل الاقرار بالرق من المضار لا محالة وأقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين وأجيب بأن الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا أن عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر فيكون القول حينئذ قوله في رقه كالذي لا يعقل اذا كان في يده وان كان الثاني فهو عبد للذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه واعترض بالملتقط اذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وبان الرق من العوارض اذ الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب أن لا يصدق ذو اليد الا بحجة وأجيب عن الاول بان فرض الالتقاط يمنع اليد لان الملتقط أمين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شأنه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره قال (واذا كان الحائط لرجل الخ) واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادى جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم

(ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده) لانه أقر بأنه لا يد له حيث أقر بالرق (وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده) لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال (واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادى،

وكان المدعى خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل أن يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه في يد غيره دليل الاهانة ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين الا اذا سقط اعتبار يده شرعا فحينئذ تعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم أهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه أي لا يعقل ما يقول وقد يكون لثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة كذا في الكافي (ولو قال أنا عبد لفلان) أي لو قال الصبي الذي يعبر عن نفسه أنا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده انه عبدي (فهو عبد للذي هو في يده لانه أقر بانه لا يد له حيث أقر بالرق) فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه له ولا تقطع يده الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كذا في الكافي فان قيل الاقرار بالرق من المضار لا محالة وأقوال الصبي فيها غير موجبة وان كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين فان الصبي أبدا يبعد من المضار ويقرب من المبار قلنا الرق ههنا لا يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا أن عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر كما في الصبي الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه كذا في الشروح (وان كان) أي الصبي (لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها) أي عن نفسه (وهو بمنزلة متاع) في أن لا يكون له يد على نفسه فكانت يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه ملكه (بخلاف ما اذا كان يعبر) أي بخلاف ما اذا كان الصبي يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لا يصدق وهنا يصدق قلنا الفرق هو أن صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط أمين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح دعواه مع الشك فان قيل وجب أن لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل في بني آدم اذ الاصل في بني آدم الحرية لانهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق أمرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية (فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره) فلا ينقض الامر الثابت ظاهرا بلا حجة (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه) أي أو هو متصل ببنائه (ولآخر عليه) أي على الحائط (هرادى) بفتح الهاء جمع هردية

بضمها ذكره في المغرب عن الليث يقال له بالفارسية ردونه

(قوله قيل الاقرار بالرق من المضار لا محالة وأقواله فيها الخ) أقول يعني وأقوال الصبي فيها غير موجبة الخ قال الزيلعي أخذا من النهاية ولا نسلم أن الاقرار بالرق من المضار لانه يمكن التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين انتهى لانه لا يمكن تداركه وكذا الطلاق والعتاق (قال المصنف أو متصل ببنائه) أقول في صحة العطف تأمل

فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشئ) لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل عليها وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا فى جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط

بضمها وفى المغرب الهردية عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الحردى ولا تقل هردى انتهى وفى الصحاح الحردى من القصب نبطى معرب ولا تقل هردى انتهى وصحح فى الديوان الهاء والحاء جميعا وكذا فى القاموس قال فى غاية البيان الرواية فى الاصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء وفى الجامع الصغير وشرح الكافى ونعت بالهاء لا غير انتهى (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشئ لان صاحب الجذوع صاحب استعمال) أى هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لان الحائط انما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع عليه (والآخر) يعنى صاحب الهرادى (صاحب تعلق) لا صاحب استعمال لان الحائط لا يبنى لوضع الهرادى عليه والاستعمال يد وعند تعارض الدعوين القول قول صاحب اليد (فصار) أى فصار الحائط فى مسئلتنا هذه (كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق) فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا ههنا (والمراد بالاتصال) أى المراد بالاتصال المذكور فى قوله أو متصل ببنائه (مداخلة لبن جداره) أى جدار صاحب البناء (فيه) أى فى الحائط المتنازع فيه (ولبن هذا) أى ومداخلة لبن هذا أى الحائط المتنازع فيه (فى جداره) أى فى جدار صاحب البناء (وقد يسمى اتصال تربيع) أى ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة فى أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة فى المتنازع فيه وان كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة فى الاخرى وأما اذا ثقب فأدخل لا يكون تربيعا كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام وفى النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة وانما سمى هذا اتصال التربيع لانهما انما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى وكان الكرخى يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل فى حكم شئ واحد والمروى عن أبى يوسف أن اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفى ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبى الحائط المتنازع فيه كذا فى شرح الكنز للامام الزيلعى وفى شرح الهداية لتاج الشريعة (وهذا) أى اتصال التربيع (شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه) أى بعض بناء صاحبه (على بعض هذا الحائط) أى على بعض هذا الحائط المتنازع فيه باتصال فصار الكل فى حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال وبعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر انه هو الذى بناه مع حائطه فمداخلة أنصاف اللبن لا تتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان هو أولى كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط أقول بقى لى ههنا كلام وهو أن المصنف حمل المراد بالاتصال المذكور فى مسئلتنا هذه على اتصال التربيع وتبعه فى هذا عامة ثقات المتأخرين كصاحب الكافى والامام الزيلعى وشراح الهداية قاطبة وغيرهم حتى ان كثيرا من أصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال ههنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال والحائط

(فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليس بشئ لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال) المذكور فى قوله أو متصل ببنائه (مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا فى جداره وقد يسمى اتصال تربيع) وتفصيل التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة فى أنصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة فى الاخرى وأما اذا ثقب فادخل فلا يكون تربيعا (وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط) ومن هذا يعلم أن من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع أولى

(وقوله والهرادي ليست بشيء) يعني قول محمد في الجامع الصغير (يدل على انه لا اعتبار للهرادي أصلا وكذا

وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلا وكذا البواري لان الحائط لا تبنى لها أصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما (ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة

لمن جذوعه عليه أو متصل ببنائه اتصال تربيع لا لمن له عليه هرادي انتهى ولكن لم يظهر لي وجه هذا التقييد ههنا لان معنى مسئلتنا هذه أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الهرادي وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادي وفي الحكم بكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادي لا احتياج الى تقييد الاتصال بالتربيع بل كل واحد من ضربي الاتصال أعني اتصال التربيع واتصال الملازقة مشترك في هذا الحكم فان الهرادي مما لا اعتبار له أصلا بل هي في حكم المعدوم حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما على ما سيأتي في الكتاب وقد ذكر في معتبرات الفتاوى أنه اذا كان لاحدهما اتصال ملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال فقال في الذخيرة وذكر هذا أيضا في النهاية نقلا عن الذخيرة أما اذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما ان كان اتصالهما اتصال تربيع أو اتصال ملازقة فانه يقضى بينهما نصفين لانهما استويا في الدعوى والاتصال وأما اذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع أولى لان صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه لان قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التربيع فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام ولو كان لاحدهما اتصال ببناء اتصال ملازقة أو اتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فانه يقضى لصاحب الاتصال لانهما استويا في حق الاتصال بالارض المملوكة ولاحدهما زيادة اتصال من خلاف الجانب الاول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى وقال في البدائع ولو كان الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى لان اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى فتلخص من هذا كله أن فائدة تقييد الاتصال بالتربيع انما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر في الذخيرة أو كان للآخر جذوع كما ذكر في البدائع وأما اذا كان للآخر هرادي كما فيما نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقييد بل فيه اخلال بعموم جواب المسئلة كما تبين مما ذكرناه فتنبه فان كشف القناع عن وجه هذا المقام مما انفردت به بعون الملك العلام (وقوله الهرادي ليست بشيء) أي قول محمد في الجامع الصغير الهرادي ليست بشيء (يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلا) بل هي في الحكم المعدوم (وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها أصلا) أي لان الحائط لا يبنى لاجل الهرادي والبواري لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي والبواري وانما توضع الهرادي والبواري للاستظلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما) معناه اذا عرف كونه في أيديهما قضي بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يده يجعل في أيديهما لانه لا منازع لهما لا أنه يقضى بينهما كذا في العناية وكذا في النهاية نقلا عن الذخيرة ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل في اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة)

البواري لان الحائط لا يبنى لها أصلا) لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وانما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء قضي به بينهما) ومعناه اذا عرف كونه في أيديهما قضي بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وهو في يده يجعل في أيديهما لانه لا منازع لهما الا أنه يقضى بينهما (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة

(قوله ومعناه اذا عرف كونه في أيديهما قضي بينهما قضاء ترك) أقول فاذا ادعاه ثالث لا تطلب منه البينة على أنه في أيديهما ليصيرا خصما له لمعرفة القاضي بذلك واذا ترافعوا الى قاض آخر فاقام المدعي البينة بقضاء القاضي الاول بينهما قضاء ترك يكونان خصما له (قوله يجعل في أيديهما لانه لا منازع لهما) أقول فاذا ادعاه ثالث يطلب منه بينة على أنه في أيديهما حتى يصيرا خصما له واذا كان القاضي الذي ترافعوا اليه غير القاضي الاول لا تسمع خصومة الثالث باقامة البينة على أن القاضي الاول جعله في أيديهما فليتدبر

أي

فهو بينهما الاستواؤهما ولامعتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة) لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لاكثر منها (وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية) كتاب الاقرار حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد أشار اليه المصنف (وفي

فهو بينهما) لاستوائهما ولامعتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة (وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه) في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس أن يكون بينهما نصفين لانه لامعتبر بالكثرة في نفس الحجة

أي لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلاثة (فهو بينهما لاستوائهما) أي في أصل العلة وهو أن يكون لكل واحد منهما عمل مقصود ببنى الحائط لاجله وفي نصاب الحجة وهو الثلاثة لانها أقل الجمع (ولامعتبر) أي ولا اعتبار (بالاكثر منها) أي من الجذوع (بعد الثلاثة) لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لاكثر منها قال في معراج الدراية وقوله ولامعتبر بالاكثر منها أي من الثلاثة أقول تفسيره ليس بسديد أما أولا فلانه يقتضي أن يكون كلمة من في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف في موضعه وأما ثانيا فلانه يستلزم أن يكون قوله بعد الثلاثة لغوا لان ما هو أكثر من الثلاثة لا يكون الا بعد الثلاثة فالصواب أن كلمة من ههنا تبيينية لا تفضيلية وأن ضمير منها راجع الى الجذوع كما أشرنا اليه فيما مر آنفا لا الى الثلاثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالاكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلاثة فلا يلزم شيء من المحذورين المذكورين (وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) أي الحائط كله (لصاحب الثلاثة وللآخر) أي ولصاحب الجذع الواحد أو الاثنين (موضع جذعه في رواية) وهي رواية كتاب الاقرار من الاصل حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه قالوا يريد به حق الوضع وقال في النهاية ثم اعلم أن هذا فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلاثة لا بالبينة أما اذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط وغيره انتهى (وفي رواية) وهي رواية كتاب الدعوى من الاصل (لكل واحد منهما ما تحت خشبته) حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار أصح وقال قاضيخان والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى كذا في التبيين للامام الزيلعي (ثم قيل) أي على هذه الرواية يعني اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب فقيل (ما بين الخشب بينهما) أي يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات على ما سيذكر (وقيل على قدر خشبهما) أي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبهما اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة ثم ان هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع الفصل الاول وأكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى للخشبات لا لخشبة واحدة (والقياس أن يكون بينهما نصفين) هذا ناظر الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الى آخره يعني أن ذلك استحسان والقياس أن يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلاثة نصفين وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله كما ذكر في الكافي وغيره (لانه لامعتبر) أي لا اعتبار (بالكثرة في نفس الحجة) يعني

رواية) كتاب الدعوى (لكل واحد منهما ما تحت خشبته) حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع أصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات كما نذكره (وقيل) يكون ذلك (على قدر خشبهما) وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع الفصل الاول وأكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة (قوله والقياس) رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الخ يعني ذلك استحسان والقياس (أن يكون) الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر (نصفين) لانهما استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين

(قال المصنف ولامعتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة) أقول من هذه هي التبيينية لا الداخلة على المفضل عليه فلا يلزمه الجمع بين الالف واللام ومن التفضيلية وفي بعض النسخ بأكثرها فمن حينئذ تفضيلية (قوله فهو مصدر ميمي) أقول قوله هو راجع الى موضع في قوله وللآخر موضع جذعه (قوله وقد أشار اليه المصنف) أقول بقوله فهو لصاحب الثلاثة (قوله لان الحائط الخ) أقول وفي تأخير المصنف دليل القيل الاول اشارة الى رجحانه على ما هو دأبه وعادته

(وجه الرواية الثانية) وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبه (أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال (ووجه الاولى أن الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهد الصاحب

وجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده (ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول أولى) ويروى الثاني أولى وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى

انهما استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين كذا في العناية وغيرها (ووجه الثاني) يعني وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ولكن ذكر الثاني امابتأويل المصدر الذي هو الرواية بالفعل وان كما هو المشهور في نظائرها واما بتأويل الرواية بالنقل أو القول (ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب وجه القياس أقول يظهر ذلك بالتأمل فيه فان المراد أن الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته وما تحت خشبته لا يعدو الغير فلم يكونا مستعملين بشئ واحد مع زيادة استعمال أحدهما بل كان كل واحد مستعملا لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الامر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة لان هذا فيما اذا اتحد محل الحجتين ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال وأما وجه رواية كتاب الدعوى أن الحائط اذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذي هو مستحق مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة اذا كان فيها احد عشر منزلا عشرة منها في يدي رجل وواحد في يدي رجل وتنازعا في الدار فانه يقضى لكل واحد منهما بما في يده كذا ههنا انتهى (ووجه الاول) أي ووجه الرواية الاولى وهي قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكير الاول لمثل ما ذكرناه في الثاني (أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى) بناء على أن الحائط يبنى للتسقيف والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بخشبتين وانما يحصل بالخشبة والخشبتين اسطوانة وأسطوانتان (فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع) أي يبقى لصاحب الاقل حق وضع جذعه (لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده) يعني أن حكم الحائط لصاحب الاكثر بالظاهر وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الاكثر يد صاحب الاقل حتى يرفع خشبته الموضوعة ومن الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا ثم اعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول لبعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان التسقيف بهما كذا في العناية وغيرها (ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الاولى وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وقع فيه وجه الثاني كذا في العناية وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من الشراح ما في النسخة الاولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى وما في الثانية ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكانهم لم يصلوا الى نسخة وقع ذكر الدليل فيها وجه الثاني فتتبع (فالاول أولى ويروى أن الثاني أولى وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى) لانه المقصود باليد كذا في

الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده) فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان التسقيف بهما (ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال وعلى الاولى وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه (فالاول أولى) لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف أقوى ومن وجه شمس الائمة السرخسي

(قال المصنف وجه الثاني ان الاستعمال الخ) أقول لم يظهر منه جواب وجه القياس (قوله وعلى الثانية وجه الثاني) أقول يعني في بعض النسخ والافني بعضها وقع وعلى الثانية وجه الاول ولهذا صحح صاحب النهاية النسخة الاولى دون الثانية قائلا بان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب

وروى أن الثاني أولى لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لعدم القائل بالاشتراك ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي

الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا روى عن أبي يوسف في الامالي (واذا كان في يد رجل عشرة أبيات) من دار (وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفين لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور) وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون أحدهما خراجا ولاجا دون الآخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب واذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة وأجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسم المنسوج فكان جميع المدعى في يد أحدهما والآخر كالاجنبي عنه فألغى والشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه وأما في الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار

وجه الثاني أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال (واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها

الكافي ولان التصرف لا يكون بدون اليد واليدان اذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحا كذا في شرح تاج الشريعة ورجح هذه الرواية شمس الائمة السرخسي (وجه الاول) وفي بعض النسخ وجه الثاني (ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله) أقول يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء له بكله لجواز أن يقضى ببعض الشئ الواحد لرجل وببعضه الآخر لرجل آخر إما بالتجزئة قبل القسمة أو بالشيوع ان لم يقبلها كيف ولو أثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضى له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر في ملك صاحب الاتصال فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكان صاحب العناية تنبه لهذا وقصد دفعه فعلل قول المصنف ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله بقوله لعدم القائل بالاشتراك ولكن يرد عليه أيضا أنه ان أراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع لان صاحب الجذوع قائل به فانه يدعي أن الحائط المتنازع فيه له ويعترف بان الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال فيصير البناء المركب من هذين الحائطين مشتركا بينهما عنده وان أراد بذلك عدم القائل به من المجتهدين فهو أيضا ممنوع فان من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب احدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط والحائط المتصل به مشتركا بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا (ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه) أي على رواية أن الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده حتى قالوا لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق (وهذه) أي رواية أن صاحب الاتصال أولى (رواية الطحاوي وصححها الجرجاني) وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين ثم اعلم أن الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذي وقع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه وأما اذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال أولى وعلى هذا عامة المشايخ كذا في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقال في الذخيرة وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام أن صاحب الاتصال أولى وبه أخذ الطحاوي والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسي أن صاحب الجذوع أولى وقال فيها قبل هذا فان كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به وعليه عامة المشايخ وهكذا روي عن أبي يوسف في الامالي كذا في النهاية وغيرها (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة) بالحاء المهملة وهي عرصة في الدار وبين يديها كذا في معراج الدراية (بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها) أي استعمال الساحة (وهو المرور فيها) ووضع

(قوله لعدم القائل بالاشتراك) أقول فيه بحث (قوله وفي يد الآخر هدبه) أقول الهدب يقال له بالتركي سچق

قال (واذا ادعى رجلان أرضا) يعني يدعي كل واحد منهـما (أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينـة أنها في أيديهما) لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته (وان أقام أحدهـما البينة جعلت في يده) لقيام الحجة لان اليـد حق مقصود (وان أقاما البينـة جعلت في أيديهما) لما بينا

الامتعة وصب الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة أيضا سواء ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لزمانة صاحب الكثير وكون صاحب القليـل ولاجا خراجا على أنا نقول الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وان كان بعضها أكثر من بعض وهـذا لان الاستحقاق باعتبار أصل اليد كـذا في النهاية ومعراج الدراية أخـذا من الكافي وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب وما اذا تنازعا في مقـدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيـه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة أجيب بأن الهـدب ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد أحدهـما والآخر كالاجنبي عنه فالغي والشرب تحتاج اليـه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه وأما في الساحة فالاحتياج للارباب ودماويه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار كذا في العناية والى هـذا أشار الامام المحبوبي والامام التمرتاشي كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية (قال) أي محمـد في كتاب القضاء من الجامع الصغير (واذا ادعى رجـلان أرضا يعـني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحـد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهـما) أقول في عبارة الكتاب ههنا مسامحة وكان الظاهر أن يقال حتى يقيم البينة أنها في يده لان القضاء بأنها في يد واحد منهما انما يتوقف على اقامة كل واحد منهما البينة أنها في يده لا على اقامتهما البينة أنها في أيديهما وانما المتوقف عليها القضاء بأنها في أيديهما معا كما لا يخفى وسينجلي من التفصيل الآتي في الكتاب ولقد أحسن صاحب الكافي ههنا حيث قال لم يقض بأنها في يد أحدهما الا بالبينة انتهى فان هذه كلمة جامعـة ههنا (لان اليـد فيها) أي في الارض (غير مشاهدة لتعذر احضارها) فقد غاب عن عـلم القاضي (وما غاب عن علم القاضي) أي والذي غاب عن علمه (فالبينة تثبته) فلا بد من اقامـة البينة عليـه حتى يمكن القضاء به ولانه جاز أن تكون في يد غيرهما ولو قضى لهما أو لاحدهما باليد لابطل حق صاحب اليد بلا حجـة وأنه لا يجوز كذا في الكافي قال في الفوائد الظهيرية ههنا مسـئلة تغفل عنها القضاة وهي أنه لو ادعى أرضا والمدعى عليه يزعم أنها في يده وأقام المدعي بينـة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينته لجواز أن تكون الارض في يد ثالث والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك وهذه حيـلة ليجعلها القاضي في يد أحدهـما فما لم يثبت كون الارض في يد المدعى عليـه بالبينة لا يقضي الا أنه يمنع المقـر من أن يزاحم المقر له فيها لان اقراره حجة في حقـه كذا في معراج الدراية (وان أقام أحدهما البينـة) أي على أنها في يده (جعلت في يده لقيام الحجة) ويجعل الآخر خارجا كذا في الكافي وغيره فان قيـل البينـة تقام على الخصم واذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضي للـذي أقام البينـة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليـد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة كذا في عامة الشروح وقال صاحب العناية وقـد أشار الى ذلك بقوله (لان اليد حق مقصود) يعني فيجوز أن يكون مدعيـه خصما انتهى (وان أقاما البينـة) أي على أنها في أيديهـما (جعلت في أيديهـما لما بينا) اشارة الى قوله لقيام الحجـة وذكر الامام التمرتاشي فان طلب كل واحـد منهما يمين

قال (واذا ادعى رجلان أرضا الخ) اذا أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لان اليد) حق مقصود فلا يجوز للقاضي أن يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت (غير مشاهدة لتعذر احضارها) لا بد من البينة لانها تثبت ما غاب عن المشاهدة (وان أقام أحـدهما البينـة جعلت في يده لقيام الحجة) فان قيـل البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت أنها في يد الآخر فليس بخصم أجيب بانه خصم باعتبار منازعتـه في اليـد ومن كان خصما لغـيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وقد أشار الى ذلك بقوله (لان اليد حق مقصود) يعـني فيجوز أن يكون مدعيه خصما) فان أقاما البينـة جعلت في أيديهـما) لقيام الحجة فان طلبا القسمـة بعـد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة عـلى الملك قال بعض مشايخنا هـذا قول أبي حنيفـة وقالا يقسم بينهما بناء على مسئلة أخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما اذا كانت الدار في أيدي ورثة حضور كبار أقروا عنـد

(قـوله أجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد) أقول قال في النهاية ألا يرى أنه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر انتهى وفيه بحث لنا الفقه لما صرح به قبيل هذا الكلام (قوله بناء على مسئلة أخرى) أقول هذا ناظر الى قوله قال بعض مشايخنا

صاحبه

القاضي أنها ميراث في أيديهم من أبيهم والتمسوا من القاضي أن يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثا لهم وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد أنه انما قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة اليد لاجل الحفظ والصيانة بحق

فلا تستحق لاحدهما من غير حجة (وان كان أحدهما قد لبن في الارض أو بنى أو حفر فهي في يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

(واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع

صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله كذا في الشروح (فلا تستحق) بصيغة المجهول أي فلا تستحق اليد (لاحدهما من غير حجة) قال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله اه أقول انما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وان أقاما البينة الخ اذ لا ارتباط بينهما أو على قوله لان اليد حق مقصود اذ يلزم الفصل بينهما بأجنبي وأما اذا كان متفرعا على مجموع ما ذكر في مسئلتنا هذه من قوله واذا ادعى الرجلان أرضا الى ههنا بان كان فذلكة الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى (فان كان أحدهما قد لبن في الارض او بنى أو حفر) يعني اذا ادعى كل واحد منهما أرضا صحراء أنها في يده وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر (فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال) ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب كذا ذكره فخر الاسلام

باب دعوى النسب

لما فرغ عن بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول لانه أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا (قال) أي القدوري في مختصره (واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع) اعلم أن صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء الكلام فقال أخذا من غاية البيان اعلم أن البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب انتهى أقول يرى فيه اختلال من وجهين الاول أنه قسم ادعاء البائع أو المشتري ولد الجارية المبيعة الى ثلاثة أوجه وهي ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وقسم كل وجه منها الى أربعة أوجه وهي ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب فيلزم منه أن يكون الشيء قسم قسمه حيث جعل ادعاء البائع أو المشتري مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من أقسامه الاربعة والثاني أن كلمة أو الداخلة على المشتري في قوله ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري تأبى دخول ادعائهما معا أو على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في أقسام أقسامه ويمكن أن يتمحل عن الاول بان المقسم ادعاء البائع أو المشتري مطلقا أي أعم من ادعاء أحدهما منفردا ومن ادعائه

والعقار غير محتاج الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك وان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعيا أرضا صحراء أنها بأيديهما يعني يدعي كل واحد منهما ذلك وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا فقدمه قال (واذا باع جارية فجاءت بولد الخ) اعلم أن البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب

(قال المصنف فلا تستحق لاحدهما من غير حجة) أقول لا يخفى عليك ان هذا الكلام في غير محله

فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولده) وفى القياس وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان فى دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لان بيع أم الولد لا يجوز (ويرد الثمن) لانه قبضه بغير حق

منضما الى الآخر بالمعية أو التعاقب وقسم القسم هو ادعاء أحدهما وحده أو ادعاؤهما معا أو على التعاقب فيكون قسم القسم أخص من المقسم لا عينه وعن الثانى بان تحمل كلمة أو المذكورة على منع الخلو دون منع الجمع والاولى عندى فى بيان الضابطة ههنا أن يقال اعلم أن الجارية اذا بيعت فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه من الاوجه الثلاثة على أربعة أوجه اما ان ادعى ذلك الولد البائع وحده أو المشترى وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب (فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع) وقد ادعاه البائع وحده كما مر فى الكتاب (فهو) أى الولد (ابن البائع وأمه) أى أم الولد (أم ولده) أى للبائع (وفى القياس وهو قول زفر والشافعى دعوته) أى دعوة البائع (باطلة لان البيع اعتراف منه) أى من البائع (بانه) أى الولد (عبد وكان) أى البائع (فى دعواه مناقضا) والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها (ولا نسب بدون الدعوى) أى ولا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة (وجه الاستحسان) أى وجه الاستحسان الذى نعمل به فى هذه المسئلة (أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه) يعنى أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع (لان الظاهر عدم الزنا) فنزل ذلك منزلة البينة فى ابطال حق الغير عنها وعن ولدها (ومبنى النسب على الخفاء) هذا جواب عن التناقض وبيانه أن الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين أنه منه (فيعفى فيه التناقض) أى لا يمنع صحة الدعوى كما أن الزوج اذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضى بنفى النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض لمكان الخفاء فى أمر العلوق وصار كالمكاتب اذا أقام البينة أن مولاه كان أعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته وتبطل الكتابة ولا يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق حيث ينفرد المولى به وكالمختلعة اذا أقامت البينة أن الزوج كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فان بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به بخلاف دعوى البائع الاعتاق أو التدبير بعد البيع فان كل واحد من الاعتاق والتدبير فعل نفسه ولا يخفى عليه كذا حققوا (واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فنفسخ البيع لان بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن) أى ان كان منقودا (لانه قبضه بغير حق) فان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع كذا فى الكافى وان ادعاه المشترى وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لان دعوته دعوة تحرير والمشترى يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية وتثبت لها أمية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشترى كذا فى العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول صحة التحرير من المشترى ظاهرة لان الجارية مملوكته فى الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به فى النهاية وغيرها وأما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة بما مر فى وجه الاستحسان من أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان مجرد حاجة الولد الى النسب كيف يفيد ثبوت النسب من المشترى عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن أن يجاب أن تيقننا باتصال

والشافعى دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان فى دعواه مناقضا فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها واذا لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب فى الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان أنا تيقنا باتصال العلوق فى ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة فى ابطال حق الغير عنها وعن ولدها (قوله ومبنى النسب على الخفاء) جواب عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه فيعفى فيه التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصار كالمرأة اذا أقامت البينة بعد الخلع على أن الزوج كان طلقها ثلاثا واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع أم ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن ان كان منقودا لانه قبضه بغير حق

(قوله باتصال العلوق فى ملكه) أقول الظاهر بملكه بدل قوله فى ملكه (قوله بكون العلوق منه) أقول الباء زائدة (قوله ولا كذلك العتق والتدبير) أقول لأنه فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يعذر (قوله وصار كمرأة اذا أقامت البينة) أقول فان بينتها تقبل مع التناقض فى الدعوى للخفاء عليها لأن الزوج ينفرد بالطلاق

العلوق

(وان ادعاه المشترى مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لانها أسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة (الا اذا صدقه المشترى) فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله

العلوق بملك البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع اذا ادعاه البائع وأما اذا لم يدعه البائع فلا يجوز أن يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه المشترى وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد الى النسب فصارت علة صحة دعوة المشترى وثبوت النسب منه فى هذه الصورة حاجة الولد الى النسب مع امكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية حيث قال لو ادعى المشترى قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشترى ويحمل على أن المشترى نكحها واستولدها ثم اشتراها انتهى (وان ادعاه المشترى مع دعوة البائع أو بعده) أى بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتأويل الادعاء (فدعوة البائع أولى لانها أسبق) أما اذا كانت قبل دعوة المشترى فالامر ظاهر وأما اذا كانت بعد دعوة المشترى فلما أشار اليه بقوله (لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد) يعنى أن دعوة البائع مستندة الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشترى مقتصرة على الحال لانها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت أولى ثم انه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقديره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك فى الحال . وجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاد وهى لا تفتقر الى قيام الملك فى الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما سيجىء (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة) يعنى أن الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك ههنا فلم تصح دعوته (الا اذا صدقه المشترى فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح) حملا لامره على الصلاح وقول المشترى على الصدق (ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق) أى للولد (ولا حقه) أى ولا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للام فيبقى الولد عبدا للمشترى ولا تصير الام أم ولد للبائع كما اذا ادعاه أجنبى آخر كذا فى الكافى وغيره (وهذه) أى دعوة البائع ههنا (دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله) أى ليس من أهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه اعلم أن الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هى أن يكون علوق المدعى فى ملك المدعى وهذه الدعوى تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين أنه علق حرا ودعوة التحرير أن يكون علوق المدعى فى غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق كذا فى البدائع وان ادعاه المشترى وحده فى هذا الوجه صحت دعوته وان ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة المشترى دون البائع لانه كالاجنبى كذا فى العناية

وان ادعاه المشترى وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشترى يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية وتثبت لها أمية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشترى وان ادعياه معا يثبت نسبه من البائع عندنا لان دعوته أسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان فى ملكه ودعوى المشترى دعوى تحرير فان أصل العلوق لم يكن فى ملكه ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاد لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية فكان البائع أولى (قوله وهذه دعوة استيلاد) جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والملك معدوم ووجهه أنها دعوة استيلاد وهى لا تفتقر الى قيام الملك فى الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجىء وكذلك ان ادعى المشترى بعد البائع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما أن يصدقه المشترى أو لا فان كان الثانى فلا تصح دعوة البائع) لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا تثبت حقيقة العتق فى حق الولد ولا حقه فى الام فلا تصير أم ولد واذا لم تصر أم ولد بقيت الدعوة فى الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله والبائع ليس بمالك وان ادعاه المشترى وحده صح دعوته وان ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة المشترى لان البائع كالاجنبى

(قوله ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد) أقول يعنى دعوة الاستيلاد أقوى لسبقها فلا يعارضها دعوة التحرير اذ لا مساواة فى القوة (قوله واذا لم تصر أم ولد بقى الخ) أقول شرح لا يطابق المشروح كما لا يخفى على المتأمل

وان جاءت به بين المدتين فاما أن يصدقه المشتري أولا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة وان صدقه المشتري يثبت النسب و يبطل البيع والولد حر والام أم ولد كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله أولى وتكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن

(وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا أن يصدقه المشتري) لانه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب و يبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك (فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الام) لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام

وغيرها (وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه) أي في هذا الوجه (الا أن يصدقه المشتري لانه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه) أي في ملك البائع (فلم توجد الحجة) وهي اتصال العلوق بملكه تيقنا (فلا بد من تصديقه) أي من تصديق المشتري اياه (واذا صدقه يثبت النسب و يبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما في المسئلة الاولى) وهي ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع (لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك) وان ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله أولى و يكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه معا أو متعاقبا فالمشتري أولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي وهذا الذي ذكر كله اذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة أما اذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لاقل من أقل مدة الحمل أو لاكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع وحده لا تصح دعوته الا أن يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان أكثر ما في الباب كون العلوق في ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة أشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما و يكون الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت وان ادعياه متعاقبا فان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده وكذا في العناية قال في الكافي ولو تنازعا فالبينة للمشتري أي اذا باع أمة فولدت عند المشتري فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بعتها مني لاكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق لان البائع يدعي انتقاض البيع والمشتري ينكر فان أقاما البينة فالبينة للمشتري أيضا عند أبي يوسف لانه أثبت زيادة مدة في الشراء وعند محمد البينة للبائع لانه يثبت نسب الولد واستيلاد الامة وانتقاض البيع فكان أكثر اثباتا انتهى (فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر) أي والحال أنها جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر (لم يثبت الاستيلاد في الام) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لانها) أي لان الام (تابعة للولد) أي في هذا الباب على ما سيجيء بيانه (ولم يثبت نسبه) أي نسب الولد (بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك) أي لعدم حاجة الولد الى النسب بعد الموت (ولا يتبعه استيلاد الام) لعدم تصور ثبوت الحكم في التبع بدون ثبوته في المتبوع

وان ادعياه معا أو متعاقبا فالمشتري أولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة معلومة أما اذا لم يعلم بأنها ولدت بعد البيع لاقل من أقل من مدة الحمل أو لاكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فدعوة البائع وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق في ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت به فان قيل في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه واحد فكان المشتري أولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما قال (فان مات الولد فادعاه البائع الخ) الاصل في هذه أنه اذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة و ينفي ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام

(وان

(وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع) لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد أصلا لانها تضاف اليه يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى (ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) لانه تبين أنه باع أم ولده ومالية أم الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما أعتق الولد فدعواه باطلة

(وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع) هذا أيضا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع) يعني أن الولد لما كان هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع لان تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس (وانما كان الولد أصلا لانها) أي لان الام (تضاف اليه) أي الى الولد حيث (يقال أم الولد) والاضافة الى الشئ أمارة أصالة المضاف اليه (وتستفيد الحرية من جهته) عطف على تضاف اليه أي وتستفيد الام الحرية من جهة الولد (لقوله عليه السلام أعتقها ولدها) قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها (والثابت لها) أي ولان الثابت للام (حق الحرية) وهو أمومية الولد (وله) أي والثابت للولد (حقيقتها) أي حقيقة الحرية (والادنى يتبع الاعلى) دائما دون العكس فحق الحرية الذي هو الادنى يتبع حقيقة الحرية التي هي الاعلى دون العكس (ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) وهذا من تمام لفظ القدوري الذي ذكرناه آنفا قال المصنف (لانه تبين أنه باع أم ولده) أي تبين بثبوت نسب الولد من البائع أنه باع أم ولده وبيعها باطل (وماليتها) أي ولكن مالية أم الولد (غير متقومة عنده) أي عند أبي حنيفة (في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (متقومة فيضمنها) أي فيضمنها المشتري فاذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كي لا يجتمع البدل والمبدل ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الام قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام بهذا المنوال هكذا ذكروا الحكم في قولهما وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى فتأمل (وفي الجامع الصغير) ذكر رواية الجامع الصغير اعلاما بأن حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت (واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الام فهو ابنه) أي فالولد ابن البائع (يرد عليه بحصته من الثمن) أي يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذي كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة فما أصاب الام يلزم المشتري وما أصاب الولد سقط عنه ولا تصير الجارية أم ولد للبائع لانه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا في الشروح وسائر المعتبرات (ولو كان المشتري انما أعتق الولد فدعوته) أي دعوة البائع (باطلة) أي اذا لم يصدقه المشتري في دعواه كذا في الشروح

(وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت نسب الولد وأخذه لانه أصل) لاضافتها اليه حيث يقال أم الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا بناء على أن مالية أم الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وذكر المصنف رواية الجامع الصغير اعلاما بأن حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا أعتق المشتري الام وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن بقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فما أصاب الام يلزم المشتري وما أصاب الولد سقط عنه عندهما وعنده رد عليه بكل الثمن كما ستذكره ولو كان المشتري أعتق الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه المشتري في دعواه

(قوله لانه أصل لاضافتها اليه الخ) أقول الدليلان الاخيران يدلان على الاصالة في النسب بل في العتق

ووجه الفرق أن الاصل فى هذا الباب الولد والام تابعة له على مامر وفى الفصل الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق فى التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته فى الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما فى ولد المغرور فانه حر وأمه أمة لمولاها وكما فى المستولدة بالنكاح

(ووجه الفرق) انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت (أن الاصل فى هذا الباب الولد) قال صاحب النهاية أى الاصل فى باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب وقد اقتفى أثره فى هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول لا يخفى ما فيه من اركاكة من جهة اللفظ والمعنى فالاوجه فى التفسير أن يقال أى الاصل فى باب الدعوة والاستيلاد هو الولد (والام تابعة له على مامر) فى مسئلة الموت آنفا (وفى الفصل الاول) وهو ما اذا ادعى البائع الولد وقد أعتق المشترى الام وفى بعض النسخ وفى الوجه الاول (قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو) أى المانع منهما (العتق فى التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته) أى ثبوت ماذكر من الدعوة والاستيلاد (فى الاصل وهو الولد) لان امتناع الحكم فى التبع لا يوجب امتناعه فى الاصل فان قيل اذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع فى الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق فى ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية فى ملك البائع ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فينبغى أن يبطل البيع واعتاق المشترى أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أى وليس ثبوت الاستيلاد فى حق الام من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته يعنى أن ذلك وان كان من أحكامه الا أنه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه (كما فى ولد المغرور) وهو ولد من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق كذا ذكره المصنف فيما سيجىء فى آخر هذا الباب (فانه) أى ولد المغرور (حر) أى حر الاصل ثابت النسب من المستولد (وأمه أمة لمولاها) فلا تصير أم ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع فى السوق (وكما فى المستولدة بالنكاح) يعنى اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا تثبت أمية الولد كذا فى غاية البيان ويطابقه ماذكره صاحب الكافى حيث قال وكما فى المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد أمة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة أم ولده انتهى وكذا ماذكره صاحب البدائع حيث قال لمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له للحال الا أن يملكها بوجه من الوجوه اهـ قال صاحب النهاية والعناية فى شرح قول المصنف وكما فى المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فاذا هى أمة انتهى أقول هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة التى ذكراها قسم من قسمى ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المصنف فى آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفا فلا وجه لان يذكرها المصنف فى مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى فان قلت ان صاحبى النهاية والعناية فسرا ولد المغرور فى قول المصنف كما فى ولد المغرور بقولهما وهو ما اذا اشترى رجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى فحينئذ يكون المراد بولد المغرور فى كلام المصنف أحد قسميه وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين وبالمذكور فى مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما تقصير آخر فانه مع كونه تقييدا للكلام المطلق بلا مقتض له مؤد الى تقليل الامثلة فى مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد

وذكر الفرق استظهارا فانه كان معلوما من مسئلة الموت (والاصل فى هذا الباب) أعنى به ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب (والام تابعة له) فى ذلك كما مر (وفى الفصل الاول) يعنى فيما اذا أعتق المشترى الام (قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد فى التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته فى الاصل وهو الولد) فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق فى ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية فى ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فكان ينبغى أن يبطل البيع واعتاق المشترى أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أى ليس ثبوت الاستيلاد فى حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه (كما فى ولد المغرور) وهو ما اذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من أبيه وليست أمه أم ولد لابيه (وكما فى المستولدة بالنكاح) بان تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فاذا هى أمة

(قوله فى هذا الباب أعنى به الخ) أقول الاظهر أن يقال يعنى به باب الدعوة والاستيلاد هو الولد الخ فان الولد هو المقصود من الدعوة كما لا يخفى على المتأمل (قوله هو ثبوت الخ) أقول قوله هو راجع الى الاصل (قوله أى ليس ثبوت الاستيلاد فى حق الام من ضرورات ثبوت العتق) أقول وان كان من أحكامه (قوله وكما فى المستولدة بالنكاح بأن تزوج الخ) أقول فيه أن هذا على ماذكره من قبيل ولد المغرور كما يجىء فى آخر الفصل فلا وجه للمقابلة والظاهر أن حرية الولد لا تمس اليها الحاجة وذكرها فى المثال الاول استطرادى فليتأمل (وفى

(وفى الفصل الثانى) وهو ما اذا أعتق المشترى الولد ثم ادعاه البائع انه ولده (قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أى ثبوت ماذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد (فيه وفى التبع) وقوله (وانما كان الاعتاق مانعا) بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه أن الاعتاق من المشترى كحق استلحاق النسب فى الولد وحق الاستيلاد فى الام فى أن كل واحد منهما لا يحتمل النقض فليس لفعل أحدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا الوجه وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لاقل من ستة أشهر فاعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك

وفى الفصل الثانى قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفى التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه

(وفى الفصل الثانى) وهو ما اذا أعتق المشترى الولد ثم ادعاه البائع (قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أى ثبوت ماذكر من الدعوة والاستيلاد (فيه) أى فى الاصل (وفى التبع) لان امتناع الحكم فى الاصل يوجب امتناعه فى التبع أيضا (وانما كان الاعتاق مانعا) قال متقدمو الشراح أى وانما كان اعتاق المشترى الولد مانعا لدعوة البائع اياه وقال صاحب العناية أخذا منهم قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى أقول بل هذا بيان لمانعية عتق الام عن ثبوت الاستيلاد فى حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب فى حقه بدعوة البائع أيضا والمعنى انما كان اعتاق المشترى الام والولد مانعا عن دعوة الاستيلاد أو دعوة النسب فيشمل الفصلين معا كما ينادى عليه عبارات المصنف فى أثناء البيان على ماترى فيما ذهب اليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثانى وهو تقصير فى حق المقام وشرح الكلام (لانه) أى لان الاعتاق (لا يحتمل النقض كحق استلحاق الولد وحق الاستيلاد) يعنى أن الاعتاق من المشترى كحق استلحاق النسب من البائع فى الولد وحق الاستيلاد من البائع فى الام فى أن كل واحد منهما لا يحتمل النقض (فاستويا) أى استوى اعتاق المشترى وحق البائع استلحاقا واستيلادا (من هذا الوجه) أى من حيث انهما لا يحتملان النقض فليس لفعل أحدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه قال صاحب العناية وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لاقل من ستة أشهر فاعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك نقض للعتق كما ترى وأجيب بان التوأمين فى حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للآخر وللقائل أن يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق فى أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق فى أحدهما ثبوته فى الآخر والالزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بانه ان ثبت العتق فى الآخر لزمه ضمان قيمته وفى ذلك ضرر زائد انتهى أقول السؤال الاول وجوابه مما ذكره بعض الشراح أيضا ولهما وجه وجيه وأما السؤال الثانى وجوابه فمن مخترعاته وليسا بشئ أما السؤال فلان مراد المجيب عن السؤال الاول أن التوأمين فى حكم ولد واحد فى باب النسب بناء على أن مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وليس مراده أنهما فى حكم ولد واحد فى جميع الاحوال حتى يتوجه السؤال كيف ومدار العتق على الرقبة ولا شك أن رقبتهما متغايرتان فما يترتب على احداهما لا يلزم أن يترتب على الاخرى كما لا يخفى وأما الجواب فلانه ان أراد

نقض للعتق كما ترى وأجيب بأن التوأمين فى حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما والحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل أن يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق فى أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق فى أحدهما ثبوته فى الآخر والالزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بأنه ان ثبت العتق فى الآخر لزمه ضمان قيمته وفى ذلك ضرر زائد فان عورض بأن البائع اذا ادعى النسب فى الذى عنده كان ذلك سعيا فى نقض ما تم من جهته أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به

(قوله وأجيب بان التوأمين الى قوله ثبوت النسب للآخر) أقول يعنى أن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصدا وفيما ذكرتم النقض ضمنى لا قصدى وكم من شئ لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا (قوله ولقائل أن يقول اذا كان كذلك الخ) أقول أشار بقوله كذلك الى قوله بأن التوأمين فى حكم ولد واحد (قوله فمن ضرورة ثبوت العتق الخ) أقول يعنى يجب أن يكون كذلك والالزم الخ (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأنه ان ثبت العتق فى الآخر لزمه الخ) أقول أى لزم المشترى ضمان قيمة الولد الآخر فيما اذا باع أحد التوأمين ثم ادعى البائع الذى فى يده وقد أعتق المشترى ما اشتراه (قوله وفى ذلك ضرر زائد) أقول ولذلك لم يجعل من ضروراته استحسانا والا كان القياس ذلك فيه أيضا فليتأمل ثم قوله ضرر زائد معناه للمشترى (قوله فان عورض) أقول يعنى هذا الجواب (قوله بانه غير مقصود) أقول بل ضمنى ثم ان الضمير فى قوله بأنه راجع الى السعى فى قوله كان ذلك سعيا الخ

يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشترى حقيقته وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الفرض أن الحقيقة أولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن أن يجاب بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا أحرزوا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا بأخذه بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك

ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية

أنه ان ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته كما اذا أعتق المولى بعض عبده على قول أبي حنيفة حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر أي السعاية في بقية قيمته لمولاه فلا نسلم أن في ذلك ضررا زائدا اذ الضمان في مقابلة العتق لا يعد ضررا أصلا ولو سلم ذلك فمعارض بالنسب أيضا قطعا فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان قيمته أي رد حصته من الثمن على المشترى فيلزم أن يتحقق هناك أيضا ضرر زائد وان أراد أنه ان ثبت العتق في الآخر لزم المشترى ضمان قيمته أي اتلاف قيمته فمعارض بالنسب أيضا قطعا فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشترى على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيلزم أن يتحقق هناك أيضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوأمين أيضا والفرض خلافه ثم أقول بدل السؤال الثاني وجوابه ولقائل أن يقول اذا كان الحكم في التوأمين كذلك كان عتق المشترى مما يحتمل النقض وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بان مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصدا واللازم في مسئلة التوأمين احتماله النقض ضمنا وكم من شيء لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا وسيجيء في الكتاب هذا الفرق بين المسئلتين ثم ان صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤاله الثاني وجوابه فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به انتهى أقول فيعارض بان الضرر الزائد الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود أيضا فلا معتبر به أيضا فلا يخلو الجواب عن معارضة ما (ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق) يريد بيان رجحان ما في جانب المشترى بأن الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق (والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة) لان الحقيقة أقوى من الحق قال صاحب العناية ونوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشترى حقيقته وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الفرض أن الحقيقة أولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن أن يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا بأخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى أقول النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولهما وجه صحيح وأما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين أما النظر فلانا لا نسلم أن مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ألا يرى نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر رجحان البعض على البعض بحاله وانما يظهر أثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى وأما الجواب فلان المجتهد بخلافنا في مسئلة تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدارهم هو الشافعي وهو متأخر الزمان عن اجتهاد أئمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بها هذه الحقيقة من درجة الحقائق عند أئمتنا فيصح بناء الجواب عليه (والتدبير بمنزلة الاعتاق) أي في الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته في ذلك الحكم على ما صرح به صاحبا النهاية ومعراج الدراية في صدر مسئلتنا هذه نقلا عن الامام التمرتاشي (لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك

(قال المصنف والثابت في الام حق الحرية وفي الولد الخ) أقول وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك نقض العتق كما ترى وأجيب بان التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما في الحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للآخر

(قوله فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح) أقول أنت خبير بانه لا يلزم التسوية مطلقا ألا يرى أنه اذا لم يمكن الجمع يعمل بالحقيقة دون الحق وعند ذلك يظهر رجحان الحقيقة على الحق (وقوله)

(قوله وقوله في الفصل الاول) يريد به أن مانقل عن الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط وقاضيخان والمحبوبي انه يرد بما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما بأن في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم انها أم ولده حيث جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة وأما في فصل الموت فموتها لم يجر الحكم بخلاف مازعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فيرد جميع الثمن والذي اختاره المصنف هو ماذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لاقيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لا يبطل اعتاق المشتري قيل الواجب أن لايكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض وأجيب بأن ذلك من حيث الصورة وأما من حيث المعنى فهو كحادث قبل القبض وماهو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة قال (ومن باع عبدا ولد عنده الخ) والاصل في هذا انه اذا حدث في الولد ما يلحقه الفسخ لايمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان أصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض وما للبائع من حق الدعوة لايحتمله فينتقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الام أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة

وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال (ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع) لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لايحتمله فينتقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الام أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة

(وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما) يعني أن ماذكر في الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (وعنده) أي عند أبي حنيفة (يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت) قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط والامام قاضيخان والامام المحبوبي في الجامع الصغير انه يرد بما يخص الولد من الثمن لابكل الثمن عند أبي حنيفة أيضا بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بأن في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة وأما في فصل الموت فموتها لم يجر الحكم بخلاف مازعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فيرد جميع الثمن ثم اعلم أن الذي اختاره المصنف وصححه هو ماذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لاقيمة لها ولكن قالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري فان قيل ينبغي أن لايكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما حدث بعد القبض من حيث الصورة وأما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري وماهو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه ههنا بالدعوة كذا في الشروح (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن باع عبدا ولد عنده) أي كان أصل العلوق في ملكه (وباعه المشتري) أي ثم باعه المشتري (من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه) أي الولد ابن البائع الاول (ويبطل البيع) أي يبطل البيع الاول والثاني (لان البيع يحتمل النقض وماله) أي وما للبائع (من حق الدعوة لايحتمله) أي لايحتمل النقض (فينتقض البيع لاجله) أي لاجل ما للبائع من حق الدعوة قال المصنف (وكذا) أي وكحكم المسئلة السابقة الحكم (اذا كاتب الولد) أي اذا كاتب المشتري الولد (أو رهنه أو آجره أو كاتب الام) أي كاتب المشتري الام فيما اذا اشتراها مع ولدها (أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة) أي ثم وجدت دعوة

قال المصنف (وقوله في الفصل الاول الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله قولهما خبره (قوله وقوله

هو الصحيح احترازا الى قوله من الثمن الخ) أقول قال في غاية البيان وهكذا ذكر محمد في الجامع الصغير حيث قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يشتري الجارية فتلد عنده ولدا وقد كان أصل الحبل عند البائع وأعتق المشتري الام ثم ادعى البائع الولد قال هو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن الى هنا لفظ محمد وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي والكرخي والطحاوي في مختصريهما وكذلك ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وكذلك ذكر شمس الائمة البيهقي في الشامل والكفاية (قوله وكيف يسترد كل الثمن) أقول قال الامام الزيلعي بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك انتهى وفي غاية البيان نقلا عن مختصر الكرخي وكفاية شمس الائمة البيهقي أنه يقسم الثمن على قيمة الام يوم وقع العقد وعلى قيمة الولد يوم ولد

لان هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على مامر و بخلاف ماذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثانى حادثا لانه لاحبل لاقل من ستة أشهر وفى الجامع الصغير

البائع (لان هذه العوارض تحتمل النقض) كالبيع (فينتقض ذلك كله) أى فتنتقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الاشارة والضمير بتأويل ماذكر (وتصح الدعوة) لكونها مما لا يحتمل النقض واعلم أن هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة الجامع الصغير (بخلاف الاعتاق والتدبير) فانهما مما لا يحتملان النقض (على مامر) آنفا (بخلاف ماذا ادعاه) أى الولد (المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه) أى كاعتاق المشترى قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان وأما الدعوة من المشترى ومن البائع فيتساويان فى أن الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن أن يجاب عنه بان التساوى بين العتق والدعوة فى عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشترى على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب فى وقت لامزاحم له فلا حاجة الى الثانية انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله فى السؤال الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بان قال فيه بحث فان الثابت بها فى حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الاصل كما سيجىء انتهى أقول هذا مندفع لان حقيقة حرية الاصل انما تثبت بالدعوة للولد ومراد صاحب العناية أن الثابت بالدعوة للبائع حقها لان مدار الكلام فى جنس ما نحن فيه من المسائل على أن الترجيح هل هو فى جانب البائع أو فى جانب المشترى ولاشك أن الثابت بالدعوة للبائع على كل حال انما هو الحق وهو حق استحقاق النسب فى الولد وحق الاستيلاد فى الام على مامر فى الكتاب وتقرر وقد عبر عنه صاحب العناية ههنا بحق الحرية لتأديه الى الحرية وكذا الحال بالنظر الى دعوة المشترى فانتظم السؤال والجواب وان كان فى تقريره نوع ضيق واضطراب (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن ادعى نسب أحد التوأمين) التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر فى بطن واحد يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ويقال للانثى توأمة كذا فى المغرب ولكن الامام شمس الائمة السرخسى ذكر فى المبسوط أن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح فى اللغة حتى لو قال غلامان توأم وغلامان توأمان كلاهما صحيح عند أهل اللغة كذا فى النهاية وغيرها (ثبت نسبهما منه) أى ثبت نسب التوأمين معا ممن ادعى نسب أحدهما (لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا) أى كونهما من ماء واحد (لان التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثانى حادثا) أى بعد ولادة الاول (لانه لا حبل لاقل من ستة أشهر) لان أقل مدة الحمل ستة أشهر ولا يتصور علوق الثانى على علوق الاول لانها اذا حبلت ينسد فم الرحم كذا فى الكافى وغيره وكان المصنف لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكونه أمرا معلوما فى غير هذا الفن (وفى الجامع الصغير) قال فى العناية ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب فى الآخر بعد اعتاق المشترى انتهى وقال فى معراج الدراية انما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهى قوله ولدا عنده وفيه اشارة

ماذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ولقائل أن يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان وأما الدعوة من المشترى ومن البائع فتساويان فى أن الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن أن يجاب عنه بان التساوى بين العتق والدعوة فى عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشترى على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب فى وقت لامزاحم له فلا حاجة الى الثانية (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) وكلامه فيه ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب فى الآخر بعد اعتاق المشترى

(قوله ولقائل أن يقول الثابت الخ) أقول فيه بحث فان الثابت بها فى حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الاصل كما سيجىء آنفا (قوله لاشتمالها على صورة الخ) أقول ولاشتمالها على زيادة وهى قوله ولدا عنده والقدورى ساكت عنها وجوابه مسئلة الجامع مبنى على هذه الزيادة

اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيه فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين أن عتق المشتري وشراءه لاقى حرية الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا

اشارة الى كون العلوق في ملك المدعي انتهى (اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري) ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التأويل كذا في العناية قال المصنف في التعليل (لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه) أي في أن يصادف العلوق والدعوة ملكه فان في قوله ولدا عنده اشارة الى مصادفة العلوق ملكه وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوى ملكه (ثبت به حرية الاصل) جواب لما ثبت نسب الولد الذي عنده أي ثبت حرية الاصل في هذا الولد (فيثبت نسب الآخر) أي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه وأعتقه المشتري (وحرية الاصل فيه) أي ويثبت حرية الاصل في ذلك الولد أيضا (ضرورة لانهما توأمان) وهما من ماء واحد (فتبين أن عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل) أي فبطل كل واحد من عتقه وشرائه قال في الكافي وكان هذا نقض الاعتاق بأمر فوقه وهي الحرية الثابتة بأصل الخلقة انتهى (بخلاف ما اذا كان الولد واحدا) حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه كما مر (لان هناك) أي في مسئلة الولد الواحد (يبطل العتق فيه) أي في الولد (مقصودا) يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد مقصودا (لحق دعوة البائع) وأنه لا يجوز لما تقدم أن حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق (وهنا) أي في مسئلة التوأمين (يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل) أي يثبت بطلان اعتاق المشتري فيما اشتراه تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير راجع الى المشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما أبدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال كذا في العناية أقول هذا شرح صحيح الا أنه يكون في كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتأخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى أن يقال وهنا يثبت فيه تبعا لحريته حرية الاصل كما لا يخفى وكأن متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المصنف ههنا أي يثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب غاية البيان يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان اعتاق المشتري لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه اه فان الظاهر مما بينوا من المعنى أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله يثبت بل أن يكون متعلقا بمقدر وهو الكائنة أو الثابتة على أنه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد أقول لعل المحذور فيه أشد من الاول فان الحرية بعد أن تضاف الى الضمير الراجع الى المشتري لا يبقى احتمال أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله تثبت والا فيلزم أن يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكروه لغوا من الكلام وانما يتم ذلك المعنى أن لو كان كلام المصنف وهنا يثبت تبعا للحرية فيه بدون الاضافة كما لا يخفى (فافترقا) أي فافترق ما نحن فيه من مسئلة التوأمين وما اذا كان الولد واحدا حيث

ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التأويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سؤالا وجوابا قوله (بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا) يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البائع وقد تقدم أن حق الدعوة لا يعارض الاعتاق (وهنا) أي في مسئلة التوأمين (يثبت) بطلان اعتاق المشتري في المشتري (تبعا لحريته فيه حرية الاصل) لا حرية التحرير فالضمير في لحريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما أبدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال

(قوله قال شمس الائمة يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان) أقول وفي المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توأمان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ويقال للانثى توأمة انتهى فما في المغرب يخالف ما ذكره شمس الائمة السرخسي (قوله وقد تقدم الكلام)

أقول في ظهر هذه الصحيفة (قال المصنف وهنا يثبت تبعا لحريته) أقول وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت قصدا وأصالة (قوله يثبت بطلان اعتاق المشتري في المشتري) أقول قوله في المشتري متعلق بقوله يثبت (قوله والضمير للمشتري كذلك) أقول أي للمشتري بالفتح

(ولولم يكن أصل العلوق في ملك المدعى (٣٦٨) يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع) لانه لما لم يكن أصل العلوق في ملكه لانعدم شاهد الاتصال بالمدعى فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل أحد التوأمين وأبوه الآخر فادعى أحدهما الذي في يده أنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم تقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه وأجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو أن المدعى اذا كان هو الأب فالابن قد ملك أخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير قال (واذا كان الصبي في يد رجل الخ) اذا كان الصبي في يد رجل

(قال المصنف ولولم يكن أصل العلوق الخ) أقول قال الزيلعي بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهي حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لاكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضا لانهما لا يفترقان فيه لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه انتهى وهذا الاحتمال لا يلائم ما نحن فيه

(ولولم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع) لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال (واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو

لزم بطلان العتق هناك أصالة وقصدا وفيما نحن فيه ضمنا وتبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت أصالة وقصدا قال في معراج الدراية الى هذا أشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده والسرخسي في جامعه وقال في النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال أو نقول في مسئلتنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما في يده من أحد التوأمين أن اعتاق المشتري لم يلاق محله لانه ظهر أنه كان حر الاصل وتحرير الحر باطل لان فيه اثبات الثابت وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية (فلو لم يكن أصل العلوق في ملكه) يعني أن الذي ذكر من قبل اذا كان أصل العلوق في ملك المدعى ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها (ثبت نسب الولد الذي عنده) أي ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر أيضا ضرورة لان التوأمين لا ينفكان نسبا (ولا ينقض البيع فيما باع) ولا يبطل عتق المشتري فيه (لان هذه) أي لان دعوة البائع ههنا (دعوة تحرير) لا دعوة استيلاد (لانعدام شاهد الاتصال) أي لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعى حيث لم يكن أصل العلوق في ملكه ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعى (فيقتصر على محل ولايته) أي اذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعى وصار كان البائع أعتقهما فيعتق من في ملكه عليه فحسب وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع كذا في الكافي وقال كثير من الشراح في شرح قول المصنف لان هذه دعوة تحرير الخ لانه لما لم يكن أصل علوقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير أقول يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر أنه لو كان كذلك لما ثبت نسب أحد من الولدين منه لان المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام أنه قد مر في كتاب العتاق أنه اذا قال لعبده يولد مثله لمثله هذا ابني فان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق فان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في حقيقته وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي لهم أنه كلام محال فيرد ويلغو ولأبي حنيفة أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء انتهى فقد تلخص من ذلك كله أن ثبوت النسب فيما اذا قال لغلام هذا ابني انما يكون في صورة واحدة من الصور الثلاث المذكورة وهي أن يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب ولكن يجري اللفظ في هذه الصورة على حقيقته وأما في الصورتين الاخريين فيصير اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا كان الصبي في يد رجل فقال) أي ذلك الرجل (هو) أي الصبي

(قوله فكان قوله هذا ابني مجازا الخ) أقول فيه بحث لانه لو كان مجازا كما ذكره لما ثبت نسب الذي ليس عنده بل نسب الذي عنده والمصرح خلافه فليتأمل ثم قوله دعوة بدل من قوله مجازا أو خبر بعد خبر وقوله مجازا حال

(ابن

ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا وان جحد العبد أن يكون ابنه) وهذا عند أبي حنيفة (وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض ألا يرى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار

(ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه) أي لم يكن ذلك الصبي ابن ذلك الرجل (أبدا) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية يعني سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب وقال تاج الشريعة يعني وان جحد العبد أن يكون هو ابنه أقول لا يخفى على الفطن أنه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف (وان جحد العبد أن يكون ابنه) سيما على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا أن يحمل على التأكيد تقرير الكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه وقد أشار صاحب العناية الى كون المعنى لم يكن ابنه أبدا أي في وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا حيث قال في تقرير المسئلتين واذا كان الصبي في يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا انتهى أقول الحق أن المراد ههنا هذا المعنى لوجوه أحدها اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر وثانيها أن الابد على هذا المعنى يكون على أصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير مصروفا عنه الى عموم الاحوال كما ترى وثالثها أنه يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسئلتنا دون المعنى الاول فان المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر الى الاحوال المذكورة في المعنى الاول أعني التصديق والتكذيب والسكوت عنهما اذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الاحوال في وقت ما فلا فائدة في التقييد بالغائب على ارادة عموم الاحوال وأما بالنظر الى الاوقات المذكورة في هذا المعنى أعني الحال والاوقات المستقبلة فهما أي المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب في الحال لعدم علمه فيها ما أقر به المقر ويتصور ذلك منه في الاستقبال بان يعلمه بعد أن يحضر بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود في الحال والاستقبال بلا فرق بينهما فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبي ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر فلو أطلق فلانا ولم يقيد بالغائب على ارادة عموم الاوقات لتبادر الى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضرا فقط ولما قيدنا بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقر له غائبا عبارة وثبوته عند كونه حاضرا أيضا دلالة فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده وذكره في الكتاب وقع اتفاقا نص عليه الامام الزيلعي في التبيين (وهذا عند أبي حنيفة) أي حكم المسئلة المذكورة على اطلاقه انما هو عند أبي حنيفة رحمه الله وفي المبسوط لكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى كذا في النهاية ومعراج الدراية (وقالا اذا جحد العبد فهو) أي الصبي (ابن المولى) يعني ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا في النهاية قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا قال) أي اذا قال الذي في يده الصبي (هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا كذا في غاية البيان (لهما أن الاقرار) أي الاقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب (ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار) أي فصار كانه لم يقر ولا حد وادعاه لنفسه (والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض) أي وان كان النسب لا يحتمل النقض (ألا يرى أنه) أي الاقرار بالنسب (يعمل فيه الاكراه والهزل) حتى لو أكره ببنوة عبد فاقر بها لا يثبت النسب وكذا لو أقر بها هازلا (فصار)

أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا أما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير وأما استقبالا فلان الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث اما أن يصدقه أو يكذبه أو يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند أبي حنيفة خلافا لهما وقالا الاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا أكره على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت وكذا لو هزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كأنه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار

(قال المصنف ألا يرى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل) أقول وان كانا لا يعملان فيما لا يحتمل النقض

كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال المشترى أنا أعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح و بخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيبه نفسه ولابى حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد

لان الاقرار به يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع فيما أقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له به وبتكذيب العبد لا يبطل شئ منهما أما الاول فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا وأما الثانى فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد أيضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة أو فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فانها لا تصح وكذلك أوردها المصنف وذكر الاسبيجابى أنها على الخلاف لا تقبل عند أبى حنيفة خلافا لهما

كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير و بخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له أن يكذب نفسه ولابى حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقى فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له

أى فصار حكم هذه المسئلة (كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى) بفتح الراء (فكذبه البائع ثم قال) أى المشترى (أنا أعتقته يتحول الولاء اليه) أى فانه يتحول الولاء الى المشترى وصار كانه لم يقر أصلا (بخلاف ما اذا صدقه) أى بخلاف ما اذا صدق المقر له المقر فى مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق (لانه) أى المقر (يدعى بعد ذلك) أى بعد تصديق المقر له اياه (نسبا ثابتا من الغير) وهو لا يصح (و بخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه) بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه أيضا دعوة المولى بالاتفاق (لانه تعلق به) أى بالصبى (حق المقر له على اعتبار تصديقه) أى على اعتبار احتمال تصديقه (فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له أن يكذب نفسه) يعنى أن لاحتمال جانب التصديق تأثيرا فيما نحن فيه كما أن لاحتمال جانب التكذيب تأثيرا فى ولد الملاعنة (ولابى حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته) وهذا بالاتفاق (والاقرار بمثله) أى بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته (لا يرتد بالرد) يعنى وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد أى لا يبطل بالتكذيب كمن أقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الامام قاضيخان وذكر فى الشروح (فبقى) أى فبقى الاقرار فى حق المقر وان لم يثبت فى حق المقر له كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة (فتمتنع دعوته) أى فتمتنع دعوة المقر بعد الرد أيضا (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة) كالعتق والقرابة (ثم ادعاه) أى ثم ادعاه الشاهد (لنفسه) حيث لا تصح دعوته واعلم أن الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة فى شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعذر ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى فاقتفى المصنف أثره فأوردها ههنا كذلك وأما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فقد ذكرها أيضا على هذا الخلاف حيث قال فى شرح الكافى للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهد أنه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند أبى حنيفة خلافا لهما انتهى (وهذا) اشارة الى قوله والاقرار بمثله لا يرتد بالرد (لانه تعلق به) أى بالنسب (حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) أى من المقر له ولما جاز أن يثبت النسب منه بعد التكذيب بقى له حق الدعوة ومع بقاء حقه لا تصح دعوة المقر كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه (وكذا تعلق به حق الولد) من جهة احتياجه الى النسب (فلا يرتد برد المقر له) لتعلق حقه وحق الولد هكذا ينبغى أن يشرح هذا المقام ولا يلتفت الى ما فى العناية

(قوله بخلاف ما اذا صدقه) أقول أى صدق المقر له بالنسب المقر (قال المصنف ولابى حنيفة أن النسب الخ) أقول ولا جواب فيما ذكره عن قولهما ألا يرى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل (قوله لعدم احتمال النقض) أقول فيه نوع مصادرة (قوله وأما الثانى فلانه الخ) أقول لا يخفى عليك عدم ملاءمة الشرح للمشروح (قال المصنف ثم ادعاه لنفسه) أقول فانها لا تصح لكن ذكر العلامة علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد أن مسئلة رد الشهادة ثم الادعاء على الخلاف أيضا لا يقبل عنده خلافا لهما وغيرها (قال المصنف وهذا لانه تعلق به حق المقر له) أقول قال الاتقانى اشارة الى قوله لا يحتمل النقض انتهى وفيه بحث بل هو اشارة الى قوله والاقرار بمثله لا يرتد بالرد

ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ماهو أقوى وهو دعوى المشترى فيبطل به بخلاف النسب على مامر وهذا يصلح مخرجا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره

وغيرهما مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة (ومسئلة الولاء على هذا الخلاف) اشارة الى الجواب عن استشهادهما بمسئلة الولاء بانها أيضا على هذا الخلاف فلا تنتهض شاهدة لما قالاه وحجة على ماقاله (ولو سلم) أى ولو سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق (فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب) صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولادا ففى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالى الام لان الاب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الام فان أعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه كذا روى عن عمر رضى الله عنه ذكره قاضيخان كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقد اعترض على الولاء الموقوف) وهو الولاء من جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب كذا فى النهاية وغيرها (ماهو أقوى وهو دعوى المشترى) لان الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك كذا فى العناية وأكثر الشراح وقال بعض الفضلاء فيه بحث لانه كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال فى الكافى ان المشترى اذا أقر أن البائع كان أعتق ماباعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ماقلناه الى هنا كلام ذلك البعض أقول بحثه ظاهر السقوط لان المشترى انما أقر أولا بان ما اشتراه معتق البائع لا بانه معتق نفسه وقد كذبه البائع وهذا لا ينافى قيام الملك له فى الحال أى فى حال دعوى الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له فى الحال لو كان أقر ابتداء بانه معتق نفسه أو كان أقر بانه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس وأما ماذكره فى الكافى فعلى تقدير تمامه يجوز أن يكون مبنيا على كون مسئلة الولاء أيضا على هذا الخلاف كما ذكره المصنف أولا حيث قال ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولا يخفى أن مبنى الكلام ههنا على تسليم كون بطلان الاقرار وتحول الولاء فى مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ وحينئذ لا شك فى قيام الملك للمشترى الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخلط الكلام (فيبطل به) أى يبطل الولاء الموقوف باعتراض ماهو الاقوى الذى هو دعوى المشترى (بخلاف النسب) يعنى أنه لا يبطل باعتراض شئ أصلا (على مامر) وهذا اشارة الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعليه أخذ أكثر الشراح قال فى الكافى بخلاف النسب كما مر فى ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف أيضا والحاصل أن النسب ألزم من الولاء فان الولاء يقبل البطلان فى الجملة والنسب لا يقبله أصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء (وهذا) أى اقرار البائع بنسب ماباعه لغيره (يصلح مخرجا) أى حيلة (على أصله) أى على أصل أبى حنيفة (فيمن يبيع الولد ويخاف عليه) أى يخاف المشترى على الولد (الدعوة بعد ذلك) من البائع (فيقطع دعواه) أى فانه يقطع دعوى البائع (باقراره بالنسب لغيره) قال الامام المحبوبى صورته رجل فى يده صبى ولد فى ملكه وهو يبيعه ولا يامن المشترى أن يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبى ابن عبده الغائب حتى يامن المشترى من انتقاض البيع بالدعوى عند أبى حنيفة فان هذا يكون حيلة عنده وفى الفوائد الظهيرية الحيلة فى هذه المسئلة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل كذا فى النهاية

قوله (ومسئلة الولاء) جواب عن استشهادهما بها بانها على الخلاف فلا تنهض شاهدة سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة وانما لا يبطل اذا تقرر سببه ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ماهو أقوى وهو دعوى المشترى لان الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على مامر أن النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا أى حيلة على أصل أبى حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف المشترى عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره

(قوله ولم يتقرر لانه الخ) أقول تامل فى صحة هذا التعليل فان سقامته ظاهرة ولو كان اللفظ الا أنه لم يتوجه (قوله لان الملك له قائم فى الحال) أقول فيه بحث كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال فى الكافى ان المشترى اذا أقر أن البائع كان أعتق ماباعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ماقلنا فليتأمل

قال (واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح أيهما كان والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا أوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام أي ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها) ولقائل أن يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك

ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي ألا ترى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن أن يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعي النسب أب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء جحود والاصل عدمه ألا ترى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله أعلم بالصواب

قال (واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر) لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا أوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر) وفي الفوائد الظهيرية وغيرها هو ابن النصراني اذا كانت الدعوتان معا فكان قوله معا اشارة الى أن دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبد المسلم كذا في النهاية قال المصنف (لان الاسلام مرجح) بكسر الجيم (فيستدعي تعارضا) يعني ان الاسلام مرجح أيهما كان والترجيح يستدعي تعارضا (ولا تعارض) أي لا تعارض ههنا لان التعارض انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة ههنا (لان نظر الصبي في هذا أوفر) يعني أن النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرناه أوفر (لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه) أي وفي عكس ما ذكرناه (الحكم بالاسلام تبعا) أي ينال الحكم بالاسلام تبعا (وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها) أي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا رأى أكثر الشراح في حل هذا المقام وهو الحقيق عندي أيضا بان يراد من هذا الكلام قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال ولقائل أن يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي ألا ترى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل أن يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته انتهى أقول ليس مراد صاحب العناية أن هذا مخالف للكتاب بمجرد دلالة الكتاب على أن صفة الايمان خير من صفة الاشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض بل مراده انه مخالف للكتاب لدلالته على أن العبد المؤمن وان كان رقيقا خير من المشرك وان كان حرا أما على كون الامة والعبد في قوله تعالى ولامة مؤمنة خير من مشركة وقوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك محمولين على ظاهرهما أعني الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف يعني أن المؤمن ولو كان مع خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدي نفعا مع الكفر وداءة الرق لا تضر مع شرف الايمان انتهى فالامر ظاهر وأما على كون الامة والعبد فيهما أعني عبد الله وأمته عامين للعبد والحرة أيضا كما ذهب اليه صاحب الكشاف وأضرابه حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين أي ولامرأة مؤمنة حرة كانت أو مملوكة وكذلك ولعبد مؤمن لان

(قال المصنف اذ دلائل الوحدانية ظاهرة) أقول الظاهر أن يقال دلائل الاسلام لان بمجرد التوحيد لا يتحقق الاسلام (قوله ولقائل أن يقول هذا مخالف الخ) أقول فيه بحث لانا لا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته فليتأمل (قوله لان دعوته لا تحتمل الخ) أقول ههنا نوع مصادرة

(ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى) ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين

الناس كلهم عبيد الله واماؤه انتهى فلان الرقيق المؤمن يندرج حينئذ فى عبد مؤمن قطعا فيكون خيرا من مشرك وان كان حرا ودلالة ظاهر الدليل المذكور فى مسئلتنا على أن الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الايمان فى وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية فتفهم المخالفة للكتاب وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعى النسب أب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفى الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء بجحود والاصل عدمه ألا يرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر فى الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى أقول فيه بحث لان كون مدعى النسب أبا أول المسئلة فذكره ههنا مؤد الى المصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض ليس بشئ لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعد أن كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو أول المسئلة أيضا وقوله وفى الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت أقوى من المانع كلام خال عن التحصيل ههنا لان وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لهم مما لا شبهة فيه لاحد لكن الكلام فى أن ما يؤدى الى الالاف بالكفر المانع عن الاسلام مناف للرحمة بهم وللنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت أقوى من المانع كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا فى شرح قول المصنف ولا تعارض أى بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز أن يكون عبدا لواحد وابنا للآخر انتهى فكأنهما أخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافى حيث قال ولو كان صبى فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى هو ابنى وقال المسلم هو عبدى فهو حر ابن النصرانى اذا ادعياه معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى والفرق أنهما فى دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالاسلام لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعويين أعنى دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز أن يكون عبدا لواحد وابنا للآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام انتهى أقول فيه نظر لان الذى يدعيه النصرانى فى مسئلتنا هو بنوة الصبى له حرا لا مطلق بنوته له وان الذى يحكم به له هو ثبوت نسب الصبى منه حرا كما صرح به فى وضع المسئلة لا ثبوت نسبه منه عبدا للآخر والا للزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل لا يتصور النزاع بينهما رأسا ولا شك أن بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا يتم التقريب ثم ان فى تحرير المصنف مانعا آخر عن الحمل على هذا المعنى وهو أن قوله لان نظر الصبى فى هذا أوفر الخ لا يصلح أن يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى فكأن صاحب الكافى تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير ألا يرى أن الترجيح بالاسلام واجب فى النسب نظرا للصغير ونظر الصبى فى هذا أوفر الخ أما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئا آخر فكأنه غافل بالكلية وأما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال فعلى هذا يكون قوله لان نظر الصبى فى هذا أوفر دليلا على قوله فهو ابن النصرانى لا دليلا على نفى المعارضة وقال كذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه أن المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصرانى وهو حر بقوله لان الاسلام مرجح فيستدعى تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله لان نظر الصبى الخ دليلا على ذلك أيضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه أن يذكر بالواو اللهم الا أن يحمل الثانى على تعليل المعلل فتأمل (ولو كانت دعوتهما) أى دعوة المسلم والكافر (دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين) أى للصبى ونوقض

(ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين) ونوقض بغلام نصرانى بالغ ادعى على نصرانى ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان فى البنوة ولم يترجح جانب الاسلام وأجيب بان البينتين وان تساوتا فى اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة فى النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه أولى وفيه نظر لانه أضعف من الاسلام فى الترجيح لا محالة والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى لانه أشبه المدعين لكونه يدعى حقا لنفسه

(قوله ولم يترجح جانب الاسلام) أقول بل ترجح خلافه

قال (واذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج لانها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد أما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند أبي حنيفة وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها

هذا الغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعويان مع أن بينة الغلام أولى ولم يترجح جانب الاسلام وأجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه أولى وفيه نظر لانه أضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى لانه أشبه المدعين لكونه يدعى حقا لنفسه كذا في العناية أقول ولقائل أن يقول ان تقوى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الاسلام بالف نص منها قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة) قال المصنف اقتفاء أثر عامة المشايخ في تقييد هذه المسئلة (ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج) وادعت أنه ابنها من هذا الزوج وأنكر الزوج ذلك (لانها تدعى تحميل النسب على الغير) وهو الزوج (فلا تصدق الا بحجة) يعني أن المرأة تقصد الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة وسبب لزوم النسب وان كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة ولا تثبت الولادة وتعيين الولد الا بحجة فلا بد لها من حجة كذا في الكافي وغيره (بخلاف الرجل) أي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة أحد وان أنكرت المرأة (لانه يحمل نفسه النسب) وفي بعض النسخ يحمل على نفسه النسب (ثم شهادة القابلة كافية فيها) أي في دعوى المرأة في المسئلة المارة (لان الحاجة الى تعيين الولد) بأنه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء (أما النسب يثبت بالفراش القائم) يعني أما النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى تلزم الحجة التامة (وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة) فكانت حجة فيها (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة) يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة أما اذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت الى حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين الا اذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة (وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق (وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها) أي من غير بينة أصلا (لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها) وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة هذا ما ذهب اليه عامة المشايخ واختاره المصنف ومنهم من أجرى المسئلة على اطلاقها وقال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لم تكن عملا باطلاق ما ذكر محمد وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة ووجه الفرق أن الاصل أن كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعى معنى يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله الا بالبينة وبيان هذا أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فانت

قال (واذا ادعت المرأة صبيا الخ) اذا ادعت المرأة صبيا أنه ابنها فاما أن تكون ذات زوج أو معتدة أو لا منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لانها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى الحجة كاملة عند أبي حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها

(وان كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة) لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة (وان كان الصبى فى أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) لان الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه

طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها الا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ولو علق طلاقها بحيضها والمسئلة بحالها يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الاثبات بالبينة ففى ما نحن فيه يمكن للمرأة اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق والاحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج اليها كذا فى الشروح أقول فيه بحث أما أولا فلان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال الا أنه يمكنه اثبات النسب اذ قد تقرر فى كتاب الشهادة أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه بالسماع ممن يثق به فى مواضع عديدة منها النسب وليس من ضرورة ادعاء الرجل ولدا انه ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه البتة والا لما تيسر اثبات دعوة البنوة من الرجل أصلا أى ولو كان هناك منازع شرعى اذ لا يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال قطعا مع أن مسائل التنازع بين الرجلين فى بنوة ولد واثباتها شرعا أكثر من أن تحصى فظهر أن المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه فلما أمكنه اثبات نسبه منه لزمه أيضا اقامة البينة على الاصل المذكور فى وجه الفرق فلا يتم المطلوب وأما ثانيا فلان الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجدى فى مسئلتنا لان كون المدعى مما يمكن للمدعى اثباته بالبينة انما يقتضى احتياج المدعى الى اقامة البينة اذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما فى الصورة المذكورة للبيان وما ادعته المرأة فى مسئلتنا وان كان مما يمكنها اثباته بالبينة كما بين الا أنه مما لم ينكره أحد لان كلامنا فيما اذا لم يوجد من يكذبها بأن لم تكن منكوحة ولا معتدة ولهذا قال المصنف فى تعليل المسئلة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها الى اقامة البينة فتدبر (وان كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه) أى ادعت أن الولد ابنها من ذلك الزوج (وصدقها) أى وصدق (الزوج) اياها (فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة) أى وان لم تشهد امرأة على الولادة يعنى لا حاجة ههنا الى شهادة القابلة (لانه) أى الزوج (التزم نسبه) أى نسب الولد (فأغنى ذلك عن الحجة) لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المرأة اذ ليس فيه تحميل النسب على الغير ومع دعوى المرأة أولى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير (وان كان الصبى فى أيديهما) أى فى أيدى الزوجين (فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها) أى زعم الزوج أن الصبى ابنه من امرأة أخرى له (وزعمت أنه ابنها من غيره) أى وزعمت المرأة أنه ابنها من زوج آخر كان لها (فهو ابنهما) أى كان الصبى ابنهما معا هذا اذا كان الصبى لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه كذا فى عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح الطحاوى ثم ان هذه المسئلة المذكورة فى الكتاب من مسائل الجامع الصغير أيضا قال المصنف فى تعليلها (لان الظاهر أن الولد منهما) أى من الزوجين اللذين كان الولد فى أيديهما (لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما) أقول فيه شئ وهو أن قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد وانما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد أى بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ولهذا لم تجز دعوة امرأة ذات زوج صبيا أنه ابنها اذا لم يصدقها الزوج مالم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفا ففى مسئلتنا أيضا ينبغى أن يكون كذلك فتأمل (ثم كل واحد منهما) أى من الزوجين (يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه) أى على صاحبه يعنى

وفى هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أولا والفرق هو أن الاصل أن كل من يدعى أمرا لا يمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعى أمرا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما (ولو كان الصبى فى أيديهما) أراد صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر عن نفسه فالقول له أيهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقى الكلام ظاهر

(قوله والفرق الخ) أقول يعنى الفرق بين الرجل والمرأة

وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما
الا أن هنالك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها
قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم) لانه ولد
المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة
باجماع الصحابة رضي الله عنهم

لا يقبل قوله في حق صاحبه (وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل
آخر غير صاحبه) حيث لا يصدق واحد منهما في ابطال حق صاحبه (بل يكون الثوب بينهما) فكذا
هنا (الا أن هنالك يدخل المقر له في نصيب المقر) أي يصير ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان (لان
المحل) وهو الثوب (يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها) اعلم أن المناقضة في دعوى
النسب غير مانعة لصحة الدعوى حتى ان الصبي اذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من زنا وقالت
من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك
مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح فان قالت بعد ذلك هو ابنك مني من نكاح يثبت
لما قلنا ان المناقضة لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الامام التمرتاشي وذكر في الايضاح أن دعوى النسب
انما لا تبطل بالتناقض لان التناقض انما يكون بين المتساويين ولا مساواة فان دعوى النسب أقوى من
النفي وذكر فيه أيضا اذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لان سبب
ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبي فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب وكذلك
لو كانت المنكوحة أمة أو كان النكاح فاسدا لان الفراش قد وجد كذا في النهاية ومعراج الدراية
أقول الذي نقل عن الايضاح أولا من تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منعا ونقضا
فتأمل (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده)
يعني ولدت ولدا من المشتري (فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم) وكذا اذا ملكها بسبب
آخر غير الشراء أي سبب كان وكذا اذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت نص عليه الامام
الزيلعي في شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب (لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على
ملك يمين) بأي سبب كان مثل الشراء والهبة والصدقة والوصية كذا في معراج الدراية وغيرها
(أو نكاح) عطف على يمين والمعنى أو معتمدا على ملك نكاح (فتلد منه) أي تلد المرأة ممن يطأها (ثم
تستحق) بان يظهر بالبينة كونها أمة هنا تم تفسير ولد المغرور (وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة
رضي الله عنهم) فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار أن ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف أيضا
بين السلف أنه مضمون على الاب الا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله
تعالى عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان
جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه عليه قيمة الولد واليه ذهب أصحابنا
لانه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتأويل حديث عمر رضي الله تعالى عنه يفك
الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية كذا في العناية أقول يرد على ظاهره أن اختلاف السلف في
كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رضي الله عنه بضمان مثله دون قيمته ينافي ما ذكره المصنف من ان
ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة فكيف يصلح ما ذكر في العناية لان يكون شرحا وبيانا لما ذكره
المصنف ويمكن الجواب عنه بان يقال ان اختلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون
الحقيقة بناء على احتمال أن يكون المراد بحديث عمر رضي الله عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية
بقيمة الجارية فحاصل الشرح والبيان ههنا أن السلف وان اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر

من

قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا الخ) ختم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور والمغرور من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار أن ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني اذا كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه عليه قيمتها واليه ذهب أصحابنا فانه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية

(قوله وتأويل الحديث) أقول أي على تقدير انه حديث والله أعلم

ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل فى يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما فى ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع (ولو مات الولد لا شئ على الاب) لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل فى حقه فيرثه (ولو قتله الاب يغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته) لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (ويرجع بقيمة الولد على بائعه)

من أقوالهم الا أن الخلاف مرتفع فى الحقيقة بتأويل كلام عمر رضى الله عنه وتبيين مرامه على وفق ما يقتضيه النص الدال على أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل (ولان النظر من الجانبين واجب) اذ المغرور بنى أمره على سبب صحيح فى الشرع فاستوجب النظر والامة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر أيضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان وذا بان يحيى حق المستحق فى معنى المملوك ويحيى حق المغرور فى صورته كذا فى الكافى (فيجعل الولد حر الاصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما) ودفعا للضرر عنهما (ثم الولد حاصل فى يده) أى فى يد المغرور (من غير صنعه) أى من غير تعد منه كذا فى العناية (فلا يضمنه الا بالمنع كما فى ولد المغصوبة) فانه أمانة فى يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب الا بالمنع (فلهذا) أى فلان المغرور لا يضمن الولد الا بالمنع (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع) وذكر فى شرح الطحاوى يغرم قيمة الولد يوم القضاء لان الولد يعلق فى حق المستولد حرا ويعلق فى حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه من العين الى البدل الا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك كذا فى النهاية ومعراج الدراية ثم اعلم أن ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا أما اذا كان مكاتبا أو عبدا مأذونا له فى التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد وسيجيء ذلك فى كتاب المكاتب كذا فى غاية البيان (ولو مات الولد) يعنى لو مات ولد المغرور قبل الخصومة (لا شئ على الاب) أى ليس على الاب شئ من قيمته (لانعدام المنع) اذ المنع انما يتصور بعد الطلب فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته كذا فى الكافى (وكذا لو ترك مالا) أى وكذا لو ترك ولد المغرور مالا ميراثا لابيه فأخذه أبوه لا يجب على الاب للمستحق من قيمة الولد شئ لان المنع لم يتحقق لا عن الولد لما مر ولا عن بدله (لان الارث ليس ببدل عنه) فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه (والمال لابيه لانه) أى الولد (حر الاصل فى حقه) أى فى حق أبيه كما مر (فيرثه) فان قيل الولد وان كان حر الاصل فى حق أبيه الا أنه رقيق فى حق مدعيه فينبغى أن يكون المال مشتركا بينهما قلنا الولد علق حر الاصل فى حق المدعى أيضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق فى حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها كذا فى الشروح والكافى أقول ينافى هذا الجواب ظاهر ما ذكر فى شرح الطحاوى على ما نقلناه آنفا فليتأمل فى التوفيق أو الترجيح (ولو قتله الاب يغرم قيمته) أى يضمنها (لوجود المنع) بالقتل (وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته) أى فأخذ الاب ديته (لان سلامة بدله له) أى لان سلامة بدل الولد وهو ديته للاب (سلامته) أى كسلامة الولد نفسه (ومنع بدله كمنعه) أى ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيغرم قيمته كما اذا كان حيا) وأما اذا لم يأخذ الاب ديته من القاتل فلا يضمن شيأ لانه لم يمنع الولد أصلا أى لا حقيقة ولا حكما نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره فى شروح الجامع الصغير وذكر فى المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لم يتحقق فيما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل ويكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد كذا فى النهاية والكفاية (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) أى

ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما ودفعا للضرر عنهما (قوله ثم الولد حاصل) بيان لسبب الضمان وهو المنع لانه حاصل فى يده من غير صنعه يعنى من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة أمانة لا يضمن الا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع وأنه لو ترك مالا لا يضمن أيضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل فى حقه فيرثه لا يقال ينبغى أن يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل فى حق أبيه رقيق فى حق المدعى لانه علق حر الاصل فى حق المدعى أيضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق فى حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وأنه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره وأخذ ديته لان سلامة بدله له كسلامة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه

لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمنه أي بثمن المبيع وهو الام لان الغرور شملها بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الاقرار﴾

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعى اذا توجه على المدعى عليه فأمره لا يخلو اما أن يقر أو ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار أو بالصلح فأمر صاحب المال بماله لا يخلو اما أن يستربح منه أو لا فان استربح منه فلا يخلو اما أن يستربح بنفسه أو بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هنالك بمقابله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستربح فلا يخلو اما أن يحفظه بنفسه أو بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة

﴿كتاب الاقرار﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أقر بوحدانيته كل مخلوق بلسان حاله وقاله والصلاة على سيدنا محمد الذي ادعى النبوة وشهدت النصوص بعلو شانه وصدق مقاله وعلى آله وأولاده وأصحابه الآخذين بتعظيم دقائق الشرع وجلائله المجتهدين في تفهم بدائع معانيه المستنبطة من النصوص ببيان دلائله (وبعد) فان الاستاذ المرحوم حرر رسالة متعلقة بمسئلة مذكورة في المبسوط وهي رجل قال لآخر لي عليك اثنا عشر ألف درهم الخ ودقق في تصحيحها وحقق في توضيحها بالقول الفصل والكلام الجزل وذيل ببعض المسائل المهمة المتفرقة المنقولة عن الكتب المعتبرة المتعلقة بمسائل الاقرار ولكن لم نظفر بتلك الرسالة الشريفة في الزمان السابق فلما انتهينا الى هذا المقام وجدنا هذه الرسالة

وذلك

لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الاقرار﴾

و يرجع الاب بما غرم من قيمة الولد على بائعه (لانه) أي بائعه (ضمن له) أي للمشترى (سلامته) أي سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق كذا في معراج الدراية ويساعده تقرير صاحب النهاية أقول يرد على ظاهر هذا الشرح أنه لا شبهة في أن البائع ضامن للمشترى سلامة المبيع عن العيب الا أن المبيع في مسئلتنا هي الام دون الولد فلا يتم التقريب فكان كثيرا من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا في بيان قول المصنف لانه ضمن له سلامته يعني أن الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه انتهى أقول ويرد على هذا الشرح أن البائع انما ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه الموجودة عند البيع لا بجزئه الذي يحدث بعد البيع لان مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح ادخال المعدوم في عقد البيع أصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ولا شك أن الولد في مسئلتنا من حدث بعد البيع والحق عندي في هذا المقام أن يطرح حديث الجزئية من البين ويقال في بيان مراد المصنف من قوله المذكور ان البائع ضمن للمشترى سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذي هو الام عن العيب فان كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب لنفس الجارية أيضا لان من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها حر الاصل من غير أن يستحقه أحد فكانت سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته (كما يرجع بثمنه) قال صاحب الكفاية أي بالثمن الذي أداه المشترى الى البائع فالضمير للمشترى وقيل بثمن المشترى اذا استحق أو بثمن الولد لو تصور شراؤه واستحقه أحد انتهى واختار صاحب العناية من بين هذه المعاني الثلاثة المعنى الوسطاني حيث قال كما يرجع بثمنه أي بثمن المبيع وهو الام لان الغرور شملها انتهى وأقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذا هو المعنى الوجيه ههنا ولكن في تذكير الضمير ههنا نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال في الوقاية وغيرها ورجع بها كثمنها بتأنيث الضمير أي ورجع بقيمة الولد كثمن الام (بخلاف العقر) يعني أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه وأخذ منه المستحق (لانه) أي لان العقر (لزمه) أي لزم المغرور (لاستيفاء منافعها) أي لاستيفاء منافع الجارية المستحقة أي منافع بضعها (فلا يرجع به على البائع) اذ لو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم للواطئ مجانا كذا في النهاية وغيرها

﴿كتاب الاقرار﴾

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب

بين الاوراق بالتمام فحررناها تبركا وتيمنا في أول ذلك الكتاب ولم نغير ما اختاره من الترتيب المستطاب وهذا نص عبارة الاستاذ بلا انتقاص ولا ازدياد

بسم الله الرحمن الرحيم

سبحانك لا علم لنا الا ما علمتنا انك أنت العليم الحكيم نسألك أن تصلي وتسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه أفضل صلاة وأكمل تسليم وترشدنا الى سبيل السداد والصواب وتهدينا الى الصراط المستقيم ❁ رجل قال لآخر لي عليك اثنا عشر ألف درهم فأنكر وقال كان دينى لك خمسة آلاف درهم وقد دفعتها اليك وأديتها لك فقال تلك الخمسة آلاف التى أديتها هل هي من تلك الاثنى عشر ألفا فقال نعم هي منها فهذا اقرار باثني عشر ألفا لظهور أن اشارة المدعى في الاستفهام الى الاثنى عشر ألفا الذى كان موصوفا بالوجوب في ذمة المدعى عليه والا لكان كلامه لغوا محضا لا فائدة فيه وكلام العاقل لا يحمل على اللغو الا اذا تعذر حمله على الصحة كذا في المبسوط في باب ما يكون اقرارا فسواء أجاب المدعى عليه بقوله نعم هي منها باثبات لفظ نعم على ما في بعض صور الاستفتاء أو بقوله هي منها بدون لفظ نعم يكون ما تقدم من كلام المدعى كالمعاد فيه فكأنه قال نعم هي من تلك الاثنا عشر ألفا الذى كان لك علي فلو صرح بهذا لكان اقرارا فكذا هذا قال الامام شمس الائمة السرخسي في المبسوط رجل قال لآخر اقض الألف التى لي عليك فقال نعم فقد أقر بها لان قوله نعم لا يستقل بنفسه وقد أخرج مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه (٣٧١) فكأنه قال نعم أعطيك الألف الذى لك علي ثم قال وعلى هذا الاصل يبتني بعض مسائل الباب وبعض المسائل مبنية على انه متى ذكر في معرض الجواب كلام يستقل بنفسه ويكون مفهوم المعنى يجعل مبتدأ فيه لا مجيبا الا أن يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذ لا بد من أن يحمل على الجواب الى هنا عبارته وقال الشيخ قوام الدين الاتقاني في غاية البيان الاصل هنا أن ما لا يصلح للابتداء من الكلام ويصلح للبناء فانه يجعل مربوطا لما تقدم ذكره ويعتبر به حتى يفيد ولا يلغو لأنه لا يلغى من كلام العاقل ما أمكن واذا كان يصلح للابتداء ويصلح للبناء فانه يجعل للابتداء ولا يجعل مربوطا بما تقدم ولا يعتبر به حتى لا يلزمه المال بالشك وفي الكافي للعلامة النسفي لو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلني أو قضيتكه فهو اقرار لان الكناية تنصرف الى الألف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكأنه قال انتقد أو اتزن أو أجل أو قضيت الالف الواجب لك علي وفي شرح الكنز للشيخ المحقق الزيلعي الأصل فيه أن الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء أو يصلح لهما فانه يجعل ابتداء لوقوع الشك في كونه جوابا لئلا يلزم المال بالشك فان ذكر الهاء في الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب مستقلا واذا كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل وقد أخرجه جوابا وهو غير صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه وذكر الامام فخر الدين الشهير بقاضيخان الكلام اذا خرج على وجه الكناية عن المال الذى ادعاه المدعى يكون اقرارا الى غير ذلك مما ذكر في الكتب المعتبرة والزبر المطولة والمختصرة ثم اذا كان هذا الكلام اقرارا لا يغيره الانكار سابقا كان أو لاحقا بناء على اطلاق الكتب وهي تكفي دليلا لنا في أمثال ذلك ومن ادعى التقييد بعدم سبق الانكار فعليه البيان والاظهار ومما يجري مجرى الشاهد لما ذكرنا من أن ذلك اقرار ما ذكر في أكثر كتب الفتاوى وهو لو قال مرا آدين جمله پنج درم داده نيست يكون اقرارا بجميع ما ادعى لان الجملة اشارة الى ما ادعى من حقه عليه فانه في غاية القرب من تلك المسئلة المتنازع فيها فان قيل قد ذكر فيها أيضا أنه لو قال پنج درم داده نيست از انجه دعوى

وذلك لان دعوى المدعى اذا توجهت الى المدعى عليه فأمره لا يخلو اما ان يقر أو ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار أو بالصلح فأمر صاحب المال لا يخلو اما أن يستربح منه أولا فان استربح فلا يخلو اما أن يسترجح بنفسه أو بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرناها هنالك عقيبه وذكرههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يسترج فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه أو بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة كذا في الشروح ثم ان محاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع ألسنتهم عن مذمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه فكان فيه انفاع صاحب الحق وارضاء خالق الخلق ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد وانالة النول ثم ان ههنا احتياجا الى بيان الاقرار لغة وشريعة وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة أما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشئ اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود كذا في النهاية ومعراج الدراية وأما شريعة فهو اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه كذا في الكافي وعامة المتون والشروح وقال في العناية الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق انتهى أقول لقد أصاب

ميكنى لايكون اقرارا انما الفرق بينهما حتى تكون احداهما اقرارا دون الأخرى وفى الخانية رجل ادعى على رجل ألفا فقال المدعى عليه أعطيتك دعواك لم يكن اقرارا وكذا لو قال المدعى عليه أخرعنى دعواك شهرا أوقال أخر الذى ادعيت لم يكن اقرارا ولو قال أخر عنى دعواك حتى يقدم مالى فأعطيكها يكون اقرارا ولو قال حتى يقدم مالى فأعطيك دعواك فليس باقرار انتهى قلنا الفرق بين جلى فان اسم الاشارة فى الاولى كناية عن المال الموصوف بالوجوب على الخصم فى الواقع وفى الثانية الى المال الواجب فى زعم المدعى كأنه قال من ذلك المال الذى تزعم وتدعى وجوبه على وتوضيحه أن قول المدعى لى عليك عشرة دراهم مدلوله وجوب عشرة دراهم فى ذمة المدعى عليه وذلك الوجوب موصوف بكونه فى زعم المدعى وادعائه فاذا أشير الى المدلول نفسه يكون الكلام الاول كالمعاد ويتضمن الجواب الاعتراف بالوجوب فيكون اقرارا واذا أشير اليه موصوفا بكونه فى زعم المدعى لم يوجد الاعتراف فلا يكون اقرارا فان قيل ذكر فى الخانية قال لآخر لى عليك ألف درهم فقال لا أعطيكها لا يكون اقرارا وفى التاتارخانية والبزازية اذا قال لغيره لى عليك ألف درهم فقال أما خمسمائة منها فلا أوقال أما خمسمائة منها فلا أعرفها فقد أقر بخمسمائة مع أن الضمير كناية عن المال الموصوف بالوجوب فى الذمة فانتقض ما ذكرتم قلنا لا نسلم الانتقاض فان فى صورة النفى يحتمل توجه النفى الى جميع ما سبق ذكره كما فى قوله تعالى لا يسألون الناس الحافا وقول الشاعر

على لاحب لا يهتدى بمناره *

قال الامام شمس الأئمة السرخسى فى المبسوط فى مسئلة ما لو قال أسرج دابتى هذه أو ألجم بغلى هذا أو أعط سرج بغلى هذا أو لجام بغلى هذا فقال لا حيث لا يكون اقرارا فى عامة الروايات اذ الجواب هو نفى ما أقر فيكون موجبه ضد موجب جواب هو اثبات وهو قوله نعم فاذا جعل ذلك اقرارا عرفنا أن هذا لا يكون اقرارا وهذا لانه نفى جميع ما سبق ذكره فكأنه قال لا أعطيك وليس البغل والسرج واللجام لك لان هذا اللفظ صالح لنفى جميع ذلك انتهى مع أن قوله لا أعطيكها اقرار فى بعض الروايات وقد استدل بعض أعاظم العلماء على كون الجواب المذكور اقرارا بأنه اذا قال هى منه لزمه القول والاعتراف بأنه قضى خمسة آلاف فهذا اقرار بالمدعى كما فى قوله قضيتك بعضها أو أخذت شيأ منها أقول فيه تأمل فانه اذا قال أما خمسمائة منها فلا لزمه القول بأن خمسمائة منها فنعم مع أنه ليس اقرارا بالالف ويجوز أن يجاب بان لزوم تقييد الاثبات بقوله منها غير مسلم بل اللازم

صاحب العناية فى بيان معنى الاقرار لغة ولم يصب فى بيان معناه شريعة أما الاول فلان أخذ الاقرار فى تعريف معنى الاقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤديا الى المصادرة مما يخل به المعنى اذ لا معنى لكون اثبات ما كان متزلزلا بين الشيئين المخصوصين هو أحد ذينك الشيئين كما لا يخفى وأيضا الظاهر أن الاقرار فى اللغة ليس بمخصوص باثبات ما تزلزل بين الشيئين المخصوصين بل هو عام لاثبات كل ما تزلزل بين الشيئين مطلقا كما يدل عليه مأخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقا وأما الثانى فلان الاخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوة والشهادة أيضا وانما يمتاز الاقرار الشرعى عنهما بقيد للغير على نفسه فان الدعوى اخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير والشهادة اخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير فاذا زيد فى تعريف الاقرار الشرعى قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء يخرج عنه الدعوى والشهادة وأما اذا أطلق وقيل هو عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم أقول فى تعريف العامة أيضا شئ أما أولا فلانه قد تقرر فى كتب الاصول أن التصرفات اما اثباتات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها واما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها ولا يخفى أن الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الاقرار بقسم الاسقاطات مطلقا فيلزم أن لا يكون تعريفهم المذكور جامعا وأما ثانيا فلان اقرار المكره لآخر بشئ من الحقوق غير صحيح شرعا على ما صرحوا به مع أنه يصدق عليه انه اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم أن لا يكون تعريفهم المزبور مانعا ويمكن أن يجاب عن الثانى بأن كون اقرار المكره غير صحيح شرعا انما يقتضى أن لا يكون صحيحا شرعا لا أن لا يكون اقرارا مطلقا فى الشرع فيجوز أن يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الاقرار فى الشرع سواء كان صحيحا أو فاسدا وعن هذا ترى التعريفات الشرعية لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوهما يتناول الصحيح منه والفاسد حتى ان كثيرا منهم تركوا قيد التراضى فى تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به فى موضعه وأما سبب الاقرار فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره واعلامه لئلا يبقى فى تبعة الواجب وأما شرطه فسيأتى فى الكتاب وأما ركنه فالالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار وأما حكمه فظهور ما أقر به لا ثبوته ابتداء ألا يرى أنه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا لو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب فى اقراره لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده كذا فى الكافى وغيره وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وحكمه لزوم

أما خمسمائة فنعم فليتدبر ۞ تذييل قال فى المحيط فى أول باب الاقرار بالبراءة وغيرها قال هو برىء من مال عليه يتناول الديون لأن كلمة على لا تستعمل الا فى الديون فلا يدخل تحتها الامانات ولو قال من مالى عنده يتناول الامانات دون المضمونات لان كلمة عند تستعمل فى الامانات دون المضمونات ألا يرى لو قال لفلان عندى ألف درهم كان اقرارا بالامانة والبراءة عن الاعيان بالاسقاط والابراء باطلة حتى لو قال أبرأتك عن هذه العين لا تصح لان العين لا تقبل الاسقاط فأما ثبوت البراءة عن الاعيان بالنفى من الاصل أو برد العين الى صاحبه صحيح حتى لو قال لا ملك لى فى هذه العين ثم ادعى أنها له لم تصح دعواه وقوله (٢٨١) هو برىء من مالى عنده اخبار عن ثبوت البراءة وليس بانشاء للابراء فيحمل على سبب يتصور البراءة بذلك وهو النفى من الاصل أو الرد الى صاحبه تصحيحا لتصرفه وقال فى المحيط فى هذا الباب لو قال كل من لى عليه دين فهو برىء منه لا يبرأ غرماؤه من ديونه الا أن يقصد رجلا بعينه فيقول هذا برىء من مالى عليه أو قبيلة فلان وهم حضور وكذلك لو قال استوفيت جميع مالى على الناس من الديون لا يصح لما عرف فى كتاب الهبة فى باب هبة الابن وقال فى المحيط فى باب الاقرار بالعتق والكتابة والتدبير أقر أنه أعتق عبده أمس وهو كاذب يعتق قضاء لا ديانة لأن الظاهر أن العاقل صادق فى اقراره واخباره باعتبار عقله ودينه فاذا ادعى الكذب فيه فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى لانه مطلع على الظاهر لا على الضمير ويصدق ديانة لان الله تعالى مطلع على ضميره ولو أقر أنه أعتق عبده هذا لا بل هذا عتق لأن كلمة لا بل للرجوع عن الاول واقامة الثانى مقامه واقامة الثانى مقام الاول صحيح والرجوع عن الاول لا يصح كما فى الطلاق تمت الرسالة

قال (واذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه إقراره .

ما أقر به على المقر وعمله اظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء ويدل عليه مسائل احداها أن الرجل اذا أقر بعين لا يملكه يصح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لانه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له والثانية أن الاقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لم يصح والثالثة أن المريض الذى لا دين عليه اذا أقر بجميع ماله لاجنبى صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم والرابعة أن العبد المأذون اذا أقر لرجل بعين فى يده صح اقراره ولو كان الاقرار سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لا يجوز فى الكثير وأما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول أما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيأ بيانه أن الله تعالى أمر باملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملاء شىء لما أمر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وأيضا نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما أقر به كما فى نهى الشهود عن كتمان الشهادة وقوله تعالى قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصرى قالوا أقررنا بيانه انه طلب منهم الاقرار ولو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضى الله عنهما أى شاهد بالحق وأما السنة فما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره بالزنا والغامدية باعترافها وقال فى قصة العسيف واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فأثبت الحد بالاعتراف والحديثان مشهوران فى كتب الحديث فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وأثبت الحد به واذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون حجة فى غيره أولى وأما الاجماع فان المسلمين أجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وأما المعقول فلان الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب فى الاصل لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعى الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء ربما تحمله على الكذب فى حق الغير أما فى حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعى الى الصدق وزواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه) أى لزم المقر (اقراره) أى موجب اقراره أو ما أقر به أقول يرد عليه النقض

(قال المصنف واذا أقر الحر البالغ العاقل الخ) أقول قال الزيلعى كون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ فيه فى الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واذا ملكها يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى ولا يخالف هذا ما ذكره المصنف لان المصنف جعل الحرية شرطا للزوم موجب اقراره فى الحال على ما هو المفهوم من قوله لزمه اقراره لا لصحة الاقرار فليتأمل فان ظاهر قوله ليصح اقراره مطلقا وقوله لا يصح اقراره بالمال ينبو عما ذكرنا وباب التأويل مفتوح

وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه ستذكر فى أثناء الكلام وحكمه أنه ملزم على المقر ما أقر به لوقوعه
دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله صلى الله عليه وسلم الاقرار والالزام به
فى باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما
فى غيره أولى وهو حجة قاصرة أما حجيته فلما تبين أنه ملزم وغير الحجة غير ملزم وأما قصوره
فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه أن الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية فى الاقرار على غيره فبقى على التردد المنافى لصلاحية الحجية وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار

مجهولا كان ما أقر به أو معلوما) اعلم أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضى الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه. وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار

عما اذا أقر الحر البالغ العاقل بحق مكرها فانه لا يلزمه اقراره فكان لا بد من ذكر الطائع أيضا لا يقال تركها اعتمادا على ظهور كون الطوع والرضا من شروط صحة الاقرار لانا نقول ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الاحكام كلها ولم يتركهما (مجهولا كان ما أقر به أو معلوما) هذا أيضا لفظ القدورى يعنى لا فرق فى صحة الاقرار ولزومه بين أن يكون ما أقر به معلوما أو مجهولا كما سيأتى تفصيله قال المصنف (اعلم الاقرار اخبار عن ثبوت الحق) أراد بهذا التنبيه على أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا انشاء الحق ابتداء لئلا يرد الاشكال بصحة الاقرار بخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الاقرار اخبارا عما ثبت فيما مضى لا انشاء فى الحال كما بيناها فيما مر ولم يرد بذلك تعريف الاقرار حتى يرد عليه أنه يتناول الدعوى والشهادة أيضا فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار كما زعمه بعض الشراح (وانه ملزم) أى وان الاقرار ملزم على المقر ما أقر به (لوقوعه) أى لوقوع الاقرار (دلالة) أى دليلا على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر وقد أشار المصنف رحمه الله الى بعض منها بقوله (ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره) أى باقراره بالزنا (وتلك المرأة) أى وكيف ألزم تلك المرأة وهى الغامدية الرجم (باعترافها) أى باعترافها بالزنا أيضا فاذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما فى غيره أولى كذا قالوا أقول يرد على ظاهره منع اطلاق هذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحدود والقصاص ولا يصح اقراره بالمال على ما ذكره المصنف فيما سيأتى فكان ملزما فى حقه ما يندرئ بالشبهات دون غيره فتأمل فى الدفع (وهو) أى الاقرار (حجة قاصرة) أى قاصرة على نفس المقر غير متعدية الى الغير (لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه) أى على المقر نفسه حتى لو أقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية أو استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضى ولاية عامة فتتعدى الى الكل أما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء فينفذ فى حق المقر وحده كذا فى الكافى وغيره واعلم أن هذا لا ينافى ما ذكروا أن الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه لان القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار فاتصاف الاقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية الى الغير لا ينافى اتصافه بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة اليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها (وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا) أى فى المال وغيره (فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار)

(قوله وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق الخ) أقول لعله ينتقض بالاقرار بأنه لا حق له على فلان وبالابراء وباسقاط الدين ونحوه كاسقاط حق الشفعة الا أن يقال المعرّف هو الاقرار فى الاموال كما يدل عليه ما ذكر فى الدليل المعقول ووجه التقديم وفيه تأمل قال الامام العلامة الكاكى فى شرح قولهم عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق أى الحق المعين على نفسه انتهى وفى عبارة التعيين تأمل الا أنه لا بد من قيد على نفسه ليمتاز عن الدعوى والشهادة وقال الكاكى وسببه ارادة اسقاط الواجب عن ذمته انتهى وقال فى النهاية وركنه الالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار على المقر انتهى (قوله لوقوعه دلالة) أقول فيه نوع مصادرة ويندفع بالتحقيق الذى نذكره بعد أسطر (قوله على المخبر به) أقول كوجوب المال اذا قال له على كذا (قوله أما حجيته فلما تبين أنه ملزم) أقول دليل من الشكل الثانى

حتى

لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال و يصح بالحدود والقصاص

حتى اذا أقر بدين لرجل أو بوديعة أو عارية أو غصب يصح (لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص) قال صاحب العناية وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا أقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح وأما أن غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شئ اه أقول ليس ما ذكره بصحيح اذ قد صرحوا في مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بأن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف حتى ان الشارح المذكور قال في أواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلاة فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في النصوص دون الروايات انتهى فكيف يصح قوله ههنا وأما ان غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه ولو سلم أن لزوم اقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لا بقصد نفي لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شئ اذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج الى الاعتذار عن ذكره وقال صاحب العناية ويصح أن يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح أما أولا فلانه لا يشك العاقل الناظر الى قول المصنف وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا الخ في أن مراده هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لا بيان التفرقة بين العبيد وأما ثانيا فلانه لو كان قول المصنف هذا لبيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع اذ لا مدخل له في الفرق بينهم بل هو مخل به لانهم متحدون في صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص فالمحمل الصحيح لكلام المصنف ههنا على فرض أن لا يكون المقصود منه المعذرة انما هو بيان الفرق بين القيود الثلاثة الواقعة في كلام القدوري بان قيد الحرية شرط صحة الاقرار مطلقا لا شرط صحة مطلق الاقرار بخلاف القيدين الآخرين أعني البلوغ والعقل تأمل تقف ثم أقول بقي بحث في كلام المصنف أما أولا فلان كون العبد المأذون ملحقا بالحر في حق الاقرار كما يدل عليه قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار غير مسلم فانهم صرحوا بان العبد المأذون لا يصح اقراره بالمهر والكفالة وقتل الخطا وقطع يد رجل عمدا أو خطأ لانها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير ولا شك في صحة اقرار الحر بتلك الامور فكان العبد المأذون ممن لا يصح اقراره مطلقا بخلاف الحر اللهم الا أن يحمل قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار على الفرض والمبالغة وأما ثانيا فلان اقرار العبد المحجور عليه بالمال نافذ في حق نفسه ويلزمه المال بعد الحرية وان لم يلزمه في الحال كما صرح به في كتاب الحجر فما معنى نفي صحة اقراره بالمال ههنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال لا يقال مراده ههنا ان اقراره بالمال لا يصح في الحال لا أنه لا يصح مطلقا فيوافق ما ذكره في كتاب الحجر لانا نقول لا شك أن مقصوده ههنا توجيه اشتراط الحرية في مسئلة الكتاب والمذكور في جواب هذه المسئلة لزوم الاقرار مطلقا أي بلا تقييد بالحال فلا يتم التقريب وأيضا عدم اللزوم في الحال يوجد في الحر أيضا كما اذا أقر بالديون المؤجلة وكما اذا أقر لانسان بعين مملوكة للغير فانه لا يلزمه في الحال واذا ملكها يوما يلزمه ويؤمر بتسليمها الى المقر له على أن الذي ذكره المصنف ههنا عدم صحة اقرار العبد المحجور عليه بالمال لا عدم لزومه ولا يلزم من عدم لزوم اقراره بالمال في الحال كما ذكره في كتاب الحجر عدم صحة اقراره به في الحال فلا يتم التوفيق اللهم الا أن تحمل الصحة ههنا على اللزوم قال في البدائع وأما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف المأذون الا أنه يصح اقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد

ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا أقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح وأما أن غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شئ ويصح أن يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة أقاريرهم بالقصاص والحدود وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له

(قوله ولعله الى قوله فلا يرد عليه شئ) أقول أنت خبير بأنهم صرحوا ومنهم صدر الشريعة في باب المهر بأن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف فقوله ساكت عنه غير مسلم ولو سلم فالسكوت في هذا المقام يحتاج الى المعذرة (قوله ويصح أن يقال ليس بمعذرة) أقول كونه معذرة هو الظاهر الجلي (قوله وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد) أقول التفرقة الاولى ليست بين العبيد بل بين اقراري العبد المحجور ولعل قوله بين العبيد من قبيل التغليب (قوله وحجر المحجور) أقول عطف على صحة

لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على أصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

الحرية لانه من أهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحد والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو أقر المولى عليه بالحد والقصاص لا يصح انتهى وقال في التبيين وكون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما لو أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال وأما اذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى قال المصنف في تعليل مجموع ما ذكره ههنا (لان اقراره) أي اقرار العبد المحجور عليه (عهد) أي عرف (موجبا لتعلق الدين برقبته) لان ذمته ضعفت بالرق فانضمت اليها مالية الرقبة كذا في الكافي وغيره (وهي) أي رقبة العبد المحجور عليه (مال المولى فلا يصدق عليه) أي على المولى لقصور الحجة (بخلاف المأذون لانه) أي المأذون (مسلط عليه) أي على الاقرار (من جهته) أي من جهة المولى لان الاذن له بالتجارة اذن له بما لا بد منه للتجارة وهو الاقرار اذ لو لم يصح اقراره لانسد عليه باب التجارة فان الناس لا يبايعونه اذا علموا أن اقراره لا يصح اذ لا يتهيأ لهم الاستشهاد في كل تجارة يعملونها معه كذا في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة (وبخلاف الحد والدم) أي القصاص (لانه) أي لان العبد (مبقى على أصل الحرية في ذلك) أي في الحد والدم بتأويل المذكور أو لجواز استعمال ذلك في المثنى أيضا كما قالوا في قوله تعالى عوان بين ذلك (حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه) أي فيما ذكر من الحد والقصاص لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا الاستدلال لا يدفع ما لو قيل في اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى أن يستدل عليه بما في كتب الاصول انتهى أقول بل ذلك مدفوع لان المقصود بالقصاص اهلاك النفس واهلاك مالية رقبة العبد انما هو بالتبع فلا يكون اقراره بالقصاص اقرارا على الغير بالنظر الى ما هو المقصود منه أصالة ولا يضر لزوم اهلاك مال الغير بالتبع اذ كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت أصالة وذكر في كتب الاصول ان العبد يصح منه الاقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة لان الحياة والدم حقه لاحتياجه اليهما في البقاء ولهذا لا يملك المولى اتلافهما ولا يخفى أن ما توهمه ذلك القائل يتوجه الى ما ذكر فيها أيضا والخلاص ما حققناه (ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام) فلا يلزم باقرارهما شئ (الا اذا كان الصبي مأذونا له) فحينئذ يصح اقراره في قدر ما أذن له فيه (لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن) لا بخيار رأيه برأي الولي فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من أهل المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي

وقوله (لان اقراره الخ) دليل ذلك المجموع والضمير في اقراره للمحجور عليه أي اقرار المحجور عليه عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا أن اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة يعملونها معه وبخلاف الحدود والقصاص لان العبد فيهما مبقى على أصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم أهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما

(قوله وهي مال المولى) أقول قوله وهي راجع الى الرقبة (قال المصنف بخلاف المأذون) أقول فيما هو من باب التجارة وأما فيما ليس كذلك من المال فيتأخر كاقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا أقر بجناية موجبة للمال (قوله بما يلزمها وهو الخ) أقول قوله هو راجع الى الموصول (قوله لان الناس لا يبايعونه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لان وجوب العقوبة بناء الخ) أقول كذا ما ذكره لا يدفع ما لو قيل في اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى أن يستدل عليه بما في كتب الاصول (قوله لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين) أقول لدلالة الاذن على عقله

وجهالة المقربه لاتمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بأن أتلف مالا لايدرى قيمته أو يجرح جراحة لايعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لايحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة فى المقرله لان المجهول لايصلح مستحقا (ويقال له بين المجهول) لان التجهيل من جهته فصار كما اذا أعتق أحد عبديه

كذا فى الكافى ومعراج الدراية (وجهالة المقربه لاتمنع صحة الاقرار) يعنى لو كان المقربه مجهولا بان قال المقر لفلان على شئ أوحق يصح الاقرار ويلزمه ما أقربه (لان الحق قد يلزم مجهولا) يعنى أن الحق قد يلزم الانسان مجهولا (بان أتلف مالا لايدرى قيمته أو يجرح جراحة لايعلم أرشها) لان الواجب فى الجراحات أن يستأنى حولا فلا يعلم فى الحال موجبه (أو تبقى عليه باقية حساب لايحيط به) أى بما بقى من الحساب (علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به) أى فيصح بكون المقربه مجهولا فان قلت الشهادة اخبار عن ثبوت الحق أيضا ومع ذلك تمنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما قلت الشرع لم يجعل الشهادة حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبى صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع وأن الشهادة لاتوجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقضاء بالمجهول لايتصور وأما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وقد أمكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لايصح الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا فى المبسوط (بخلاف الجهالة فى المقر له) يعنى أنها تمنع صحة الاقرار (لان المجهول لايصلح مستحقا) ذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه والناطفى فى واقعاته أن جهالة المقرله انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس أما اذا لم تكن متفاحشة بان قال هذا العبد لاحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك وقال شمس الائمة السرخسى لايصح الاقرار فى هذه الصورة أيضا لانه اقرار للمجهول وأنه لايفيد لان فائدته الجبر على البيان ولايجبر على البيان ههنا لانه انما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول وفى الكافى والاصح أنه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ انتهى قال فى شرح الطحاوى وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو أن يقول لرجل لك على أحدنا ألف درهم لان المقضى عليه مجهول وهكذا ذكر فى كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه أقول فى تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظر اذ الظاهر أن الجهالة فيه فى المقر عليه لا فى المقر لانه متعين وهو المتكلم والاولى فى تمثيل ذلك أن يقال نحو أن يقول لرجل أحد من جماعة أو من اثنين لك على ألف ولايدرى أيهم أو أيهما قال ذلك (ويقال له بين المجهول) هذا لفظ القدورى فى مختصره يعنى يقال للمقر فيما أقر بمجهول بين المجهول (لان التجهيل من جهته) أى من جهة المقر يعنى أن الاجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن لابد أن يبين شيأ يثبت دينا فى الذمة قل أو كثر نحو أن يبين حبة أو فلسا أو جوزة أو ما أشبه ذلك أما اذا بين شيئا لايثبت فى الذمة فلا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الاسلام أو كفا من تراب أو نحوه كذا فى شرح الطحاوى وذكر فى غاية البيان (فصار كما اذا أعتق أحد عبديه) أى فصار اقراره بالمجهول كما اذا أعتق أحد

بجهالته لاتمنع صحته لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان أتلف مالا لايدرى قيمته أو يجرح جراحة لايعلم أرشها أو تبقى عليه بقية حساب لايحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض بأن الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعى والحق قد يلزمه مجهولا فالشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة واجيب بأن العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقرله فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لايصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل أن يقول لك على واحد منا ألف واذا أقر بالمجهول يقال له بين المجهول لانه المجمل فاليه البيان كما اذا أعتق أحد عبديه

(قوله وعورض الى قوله وليست بصحيحة) أقول ويجوز توجيهه بتقابل ذلك أظهر ثم قوله وليست بصحيحة ممنوع كما نص عليه الزيلعى فى أول الدعوى (قال المصنف بخلاف الجهالة فى المقرله) أقول هذا الكلام فى الشرح ناظر الى قوله ولا يشترط كون المقرله معلوما قال العلامة النسفى اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس لان المجهول لا يصلح مستحقا وان لم تكن بان أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فانه لايصح هذا الاقرار عند شمس الائمة السرخسى لانه اقرار للمجهول وفائدته الجبر على البيان ولايجبر على البيان فلا يفيد وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد لان فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ انتهى وظاهر أن مختار المصنف ماذهب اليه شمس الائمة

فان لم يبين أجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء الجارة وفى بعض النسخ بصريح اقراره وذلك أى الخروج انما يكون بالبيان فان قال له على شئ لزمه أن يبين ماله قيمة لانه أخبر عن الوجوب فى ذمته ومالاقيمة له لا يجب فى الذمه فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين ماله قيمة مما يثبت فى الذمة مكيلا كان أو موزونا أو عدديا نحو كر حنطة أو فلس أو جوزة فاما أن يساعده المقرله أولا فان ساعده أخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقرله يدعى الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان على حق لما بينا انه أخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيأ وجب عليه أن يبين ما هو مال حتى لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ماوراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول أصح لان الغصب أخذ مال لحكمه لا يجرى فيما ليس بمال ولا بد أن يبين ما يجرى فيه التمانع حتى لو بين فى حبة حنطة أو فى قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له فى بيانه ولو بين فى العقار أو فى خمر المسلم صح لانه مال يجرى فيه التمانع فان قيل الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما فالجواب أن ذلك حقيقة وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف فى موضعه وقد أشار اليه بقوله (تعويلا على العادة) قال أى

(فان لم يبين أجبره القاضى على البيان) لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان (فان قال لفلان على شئ لزمه أن يبين ماله قيمة) لانه أخبر عن الوجوب فى ذمته ومالاقيمة له لا يجب فيها فاذا بين غيرذلك يكون رجوعا قال (والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقرله أكثر من ذلك) لانه هو المنكر فيه (وكذا اذا قال لفلان على حق) لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيأ ويجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة

عبده فى وجوب البيان عليه (فان لم يبين) أى فان لم يبين المقر ما أجمله (أجبره القاضى على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره) بالباء الجارة وفى بعض النسخ بصريح اقراره (وذلك) أى الخروج عما لزمه بصحيح اقراره (بالبيان) لا غير وبه قال الشافعى ومالك وأحمد وعن الشافعى فى قول ان وقع الاقرار المبهم فى جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك انكارا منه ويعرض اليمين عليه فان أصر جعلناه ناكلا عن اليمين وحلف المدعى وان أقر ابتداء يقال للمقرله ادع حقك فاذا ادعى وأقر أو أنكر يجرى عليه حكمه كذا فى معراج الدراية (فان قال لفلان على شئ لزمه أن يبين ماله قيمة) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانه أخبر عن الوجوب فى ذمته) كما دل عليه لفظة على لانها للايجاب والالزام (ومالاقيمة له لا يجب فيها) أى فى الذمة (فاذا بين غيرذلك) أى غير ماله قيمة (يكون رجوعا) عن الاقرار فلا يقبل (قال) أى القدورى فى مختصره (والقول قوله) أى قول المقر (مع يمينه ان ادعى المقرله أكثر من ذلك) أى مما بينه يعنى اذا بين المقر ماله قيمة مما يثبت فى الذمة مكيلا كان أو موزونا أو عدديا نحو كر حنطة أو فلس أو جوزة فاما أن يساعده المقرله أولا فان ساعده أخذه وان لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقر مع يمينه (لانه) اى لان المقر (هو المنكر فيه) أى فيما يدعى عليه المقرله من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه قال المصنف (وكذا اذا قال لفلان على حق) أى لزمه هنا أيضا أن يبين ماله قيمة (لما بينا) أنه أخبر عن الوجوب فى ذمته ومالاقيمة له لا يجب فيها وذكر فى المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به فى العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية كذا فى الكافى (وكذا لو قال غصبت منه شيأ) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى يعنى لو قال غصبت من فلان شيأ صح اقراره ولزمه البيان أيضا والحاصل أن كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة يصح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة فان من غصب من رجل مالا مجهولا فى كيس أو أودعه مالا مجهولا فى كيس فانه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من أقر أنه باع من فلان شيأ أو آجر من فلان شيأ أو اشترى من فلان كذا شيأ لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شئ وهذا لان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا أنه باع منه شيأ مجهولا لا يجب تسليم شئ بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب شيأ مجهولا فى كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار واذا صح الاقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا للمقرله كذا فى الكافى والمحيط البرهانى (ويجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة)

(قوله فالجواب أن ذلك حقيقة الخ) أقول يعنى أن ذلك حقيقة شرعية وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة والعرف فان لفظ الغصب يطلق فى العرف على المعنى الاعم من المعنى الحقيقى.

أى اعتماداعليها واعلم أنه ذكر فى المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيأ فالاقرار صحيح ويلزمه به
ما يبينه ولابد أن يبين شيأ هو مال لان الشئ حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غير مال
الا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فان الغصب لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ
فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيأ يكون اقرارا بشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه
ولابد أن يبين مالا يجرى فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان اقراره
بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجرى فيه
التمانع فاذا بين شيأ بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر الاصل كلامه وبيان التقرير يصح
موصولا كان أو مفصولا ويستوى أن يبين شيأ يضمن بالغصب أولا يضمن بعد أن يكون بحيث يجرى
فيه التمانع حتى اذا بين أن المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين أن المغصوب دار فالقول قوله وان
كانت لا تضمن بالغصب عند أبى حنيفة واختلف المشايخ فيما اذا بين أن المغصوب زوجته أو ولده
فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع
فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الاموال وأكثرهم على أنه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغصب
لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير
صحيح منه الى هنا لفظ المبسوط وصرح فى الايضاح وغيره بان الاول وهو قبول بيانه بان المغصوب
زوجته أو ولده اختيار مشايخ العراق والثانى وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشايخ ماوراء النهر
واذ قد عرفت ذلك تبين لك أن المصنف اختار ههنا قول مشايخ ماوراء النهر حيث قال ويجب أن يبين
ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة يعنى أن مطلق اسم الغصب ينطلق على أخذ مال متقوم
فى العرف هذا وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وكذا لو قال غصبت منه شيأ وجب عليه أن يبين
ما هو مال حتى لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ماوراء النهر وقيل يصح
وهو اختيار مشايخ العراق والاول أصح لان الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال ولابد أن
يبين ما يجرى فيه التمانع حتى لو بين فى حبة حنطة أو فى قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك
فكانت مكذبة له فى بيانه ولو بين فى العقار أو فى خمر المسلم يصح لانه مال يجرى فيه التمانع فان قيل الغصب
أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض
التعريف أو عدم قبول البيان فيهما فالجواب أن ذلك حقيقته وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف
فى موضعه وقد أشار اليه بقوله تعويلا على العادة الى هنا كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلان صحة ماذكره
فى هذا الجواب من أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة تنافى صحة ماذكره فى تعليل أصحية اختيار
مشايخ ماوراء النهر فيما لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده من أن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى
فيما ليس بمال لان مشايخ العراق يقولون ان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه
يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الاموال كما صرح به فى المبسوط وغيره وليس معنى هذا القول
منهم الا أن حقيقة الغصب تترك فى ذلك بدلالة العادة فكيف يصح تعليل أصحية اختيار مشايخ ماوراء
النهر فيه بأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال وأما ثانيا فلان قوله وقد أشار اليه
بقوله تعويلا على العادة لا يكاد يصح لان قول المصنف تعويلا على العادة علة لوجوب أن يبين ما هو
مال يجرى فيه التمانع ومعناه أن حقيقة الغصب وان تناولت ما يجرى فيه التمانع من الاموال وما
لا يجرى فيه التمانع منها الا أن العادة خصصته بالاول فلا بد أن يبين ذلك ومقصوده الاحتراز عما لو بين
حبة حنطة أو قطرة ماء فانه لا يصح قطعا وأما أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة الى ما هو أعم منها
فلا اشارة اليه فى كلامه أصلا كيف ولو صح ذلك عنده وكان فى كلامه اشارة اليه لما صح القول منه

(ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير) لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به (الا أنه لا يصدق في أقل من درهم) لانه لا يعد مالا عرفا (ولو قال مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم) لانه أقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب

بوجوب أن يبين مالا اذ العادة جارية قطعا على اطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد اطلاقا جاريا على اللغة لا على حقيقته الشرعية وبالجملة ان كلام المصنف ههنا مسوق على ما هو مختار مشايخ ماوراء النهر دون مختار مشايخ العراق وفيما ذكره صاحب العناية خلط المذهبين (ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه في بيانه) وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال أحد في اقراره لفلان على مال فالرجوع الى المقر في بيان قدر المال قال المصنف في تعليله (لانه المجمل) يعني أن المقر هو المجمل والرجوع في بيان المجمل الى المجمل (ويقبل قوله في القليل والكثير) وهذا من تتمة كلام القدوري قال المصنف في تعليله (لان كل ذلك مال فانه) أي المال (اسم لما يتمول به) وذلك موجود في القليل والكثير ثم قال المصنف (الا أنه) أي المقر (لا يصدق في أقل من درهم) والقياس أن يصدق فيه أيضا لانه مال وفي الاستحسان لا يصدق فيه ووجهه ترك الحقيقة بدلالة العرف وقد أشار اليه بقوله (لانه) أي الاقل من درهم (لا يعد مالا عرفا) فان ما دون الدرهم من الكسور ولا يطلق اسم المال عليه عادة كذا في المبسوط قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو قال له على مال كان القول قوله فيه ودرهم مال ثم قال وهذا اللفظ يوهم أنه لا يقبل قوله اذا بين أقل من درهم وقال بعضهم ينبغي أن يقبل قوله في البيان لان اسم المال منطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم ثم قال والصحيح أنه لا يقبل لان المال الذي يدخل تحت الالتزام والاقرار لا يكون أقل من درهم وهذا ظاهر في حكم العادة فحملناه عليه اه كلامه وقال الناطفي في أجناسه وفي نوادر هشام قال محمد رحمه الله لو قال لفلان على مال له أن يقر بدرهم ثم قال وقال الهاروني لو قال لفلان على مال هو على عشرة دراهم جياد ولا يصدق في أقل منه في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال أبو يوسف يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل منه الى هنا لفظ الاجناس (ولو قال مال عظيم لا يصدق في أقل من مائتي درهم) هذا لفظ القدوري يعني لو قال لفلان على مال عظيم فعليه ما تجب فيه الزكاة وهو مائتا درهم وقال الشافعي هو مثل الاول قلنا فيه الغاء لوصف العظم فلا يجوز وقد أشار المصنف اليه بقوله (لانه أقر بمال موصوف) أي موصوف بوصف العظم (فلا يجوز الغاء الوصف) بل لابد من البيان بما يعد عظيما عند الناس (والنصاب) مال (عظيم) في الشرع والعرف (حتى اعتبر صاحبه غنيا به) فأوجب عليه مواساة الفقراء (والغني عظيم عند الناس) فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يذكر محمد في الاصل قول أبي حنيفة في هذا الفصل فاختلفت رواية المشايخ عنه فيه فاراد المصنف بيان ذلك فقال (وعن أبي حنيفة) أي روي عنه (أنه) أي المقر في هذا الفصل (لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة) ونصاب المهر أيضا (لانه) أي لان هذا النصاب (عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة) ويستباح به البضع المحترم (وعنه) أي عن أبي حنيفة رحمه الله (مثل جواب الكتاب) أي مثل ما ذكر في مختصر القدوري من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم قال في غاية البيان وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي تجب فيه الزكاة لانه أقل مال له خطر في الشرع اه وذكره صاحب العناية أيضا بقيل خلا قوله لانه أقل مال له خطر في الشرع أقول فيه بحث لان التعليل المذكور

لايفيد

(ولو قال لفلان على مال الخ) اذا قال في اقراره لفلان على مال فرجع البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بين الا فيما دون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعي هو مثل الاول وقلنا فيه الغاء لوصف العظم فلا يجوز فلابد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والغني عظيم عند الناس والغني بالنصاب لان صاحبه يعد غنيا فلابد من البيان به فان بين بالمال الزكوي فلابد من بيان أقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس وعشرون لانه أقل نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه وفي الدينار بعشرين مثقالا وفي الدراهم بمائتي درهم وان بين بغيره فلابد من بيان قيمة النصاب وهذا قول أبي يوسف ومحمد ولم يذكر محمد قول أبي حنيفة في الاصل في هذا الفصل وروي عنه أنه قال لا يصدق في أقل من نصاب السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى

(قوله قيل وهو الصحيح) أقول القائل هو الاتقاني

وهـذا اذا قال من الدراهم أما اذا قال من الدنانير فالتقـدير فيها بالعشرين وفى الابل بخمس وعشرين لانه أدنى نصاب يجب فيـه من جنسـه وفى غـير مال الزكاة بقيمـة النصـاب (ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه) اعتبار الادنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة

لا يفيد كون ما فى هذه الرواية هو الصحيح لان ايجابنا العظيم من حيث المعنى أمر مقرر على كلتا الروايتين وانما النزاع فى أن ذلك العظيم ماذا هل هو نصاب الزكاة أم نصاب السرقة والمهر فقوله وهو المال الذى تجب فيه الزكاة غير مسلم على الرواية الاخرى وكذا قوله لانه أقـل مال له خطر فى الشرع اذ لصاحبها أن يقول بل هو المال الذى يجب فيـه قطع اليـد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وهو أقل مال له خطر فى الشرع فلم يتم التقريب قال شمس الائمـة السرخسى رحمه الله والاصح على قول أبى حنيفـة أنه يبنى على حال المقر فى الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغنى حقير وكما أن المائتين عظيم فى حكم الزكاة فالعشرة عظيم فى حكم قطع يد السارق وتقـدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع الى حال المقر كذا فى فتاوى قاضيخان وذكر فى بعض الشروح (وهـذا) أى ماذكر من أنه لا يصدق فى أقل من مائتى درهـم (اذا قال من الدراهـم) أى اذا قال له على مال عظيم من الدراهـم سواء قال كذلك ابتداء أو قال فى الابتداء له على مال عظيم ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحبى النهاية ومعراج الدراية فى شرح قول المصنف هـذا اذا قال من الدراهم أى بين وقال ان مرادى بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصـير (أما اذا قال من الدنانير) أى اذا قال ذلك ابتداء أو ثانيا عند البيان (فالتقدير فيها) أى فى الدنانير (بالعشرين) أى بعشرين مثقالا لانه نصاب الزكـاة فى الذهب (وفى الابل بخمس وعشرين) يعـنى وفيمـا اذا قال من الابل يقدر بخمس وعشرين ابلا (لانه أدنى نصاب يجب فيه من جنسـه) كعشرين مثقالا فى الدنانير ومائتى درهم فى الدراهم والحاصل أنه اذا بين بجنس من أجناس الاموال الزكوية فالمعتبر أقل ما يكون نصابا فى ذلك الجنس فان قيل ينبغى أن يقدر فى الابل بخمس لانه تجب فيها شاة فكان صاحبها بها غنيا قلنا هى مال عظيم من وجـه حتى يجب فيها الزكاة وليست بمال عظيم من وجـه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبرنا ماذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل كذا فى الكافى وبعض الشروح (وفى غير مال الزكاة بقيمة النصاب) يعنى وفيما اذا بين بغـير مال الزكاة يقدر بقيمة النصاب أى بقدر النصاب قيمة (ولو قال أموال عظام) اى ولو قال على أموال عظام بصيغة الجمع (فالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه) أى من أى نوع سماه حـتى لو قال من الدراهم كان التقـدير بستمائة درهـم ولو قال من الدنانـير كان بستين مثقالا ولو قال من الابل كان بخمس وسبعين الى غير ذلك من الاجناس وانما كان كذلك (اعتبار الادنى الجـمع) فان أدنى الجمع ثلاثة فيحمل على ثـلاثة أموال عظام وهى ثلاثة نصب من جنس ما سماه ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطـير أو جليـل قال الناطفى لم أجـده منصوصا وكان الجرجانى يقول يلزمه مائتان كـذا فى النهاية ومعراج الدراية نقـلا عن الايضاح والذخيرة وفى غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة البيهقى فى كفايته عن أبى يوسف قال لفلان على دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة قال له على دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا عليـه ثمانيـة عشر لان الاضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلاث مرات فكانت تسـعة وقوله مضاعفـة يقتضى ضعف ذلك فيقتضى ثمانيـة عشر وفى الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر قال على عشرة دراهم وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان أضعاف العشرة ثلاثون فاذا ضمت الى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفـة فيكون ثمانين (ولو قال دراهم كثيرة) أى لو قال

وهو المال الذى تجب فيه الزكاة قال فى النهاية والاصح عـلى قوله أنه يبنى على حال المقر فى الفقر والغنى فان القليـل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغنى ليست بعظيمـة (ولو قال أموال عظام فالتقدير فى ثـلاثة نصب من أى نوع سماه اعتبار الادنى الجمع واذا قال دراهـم كثيرة

(قوله وهو المال الذى تجب فيـه الزكاة) أقول قال الاتقانى لانه أقل مال له خطر فى الشرع انتهـى وفيـه نظر ولذا لم يذكره الشارح

لم يصدق في أقل من عشرة) وهذا عند أبي حنيفة (وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين) لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف مادونه

لفلان علي دراهم كثيرة (لم يصدق في أقل من عشرة دراهم) هذا لفظ القدوري قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين) وعند الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك وكذلك لو قال لفلان علي دنانير كثيرة لم يصدق عند أبي حنيفة في أقل من عشرة دنانير وعندهما في أقل من عشرين مثقالا وعند الشافعي في أقل من ثلاثة دنانير كذا ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وقال القدوري في كتاب التقريب روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل قولهما وجه قول الشافعي أنه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة فيلغو ذكرها وذلك لان اثبات صفة الكثيرة لمقدار من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم أما من حيث الحقيقة فلان الكثرة أمر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد وأما من حيث العرف فلان الناس متفاوتون في ذلك فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين وأما من حيث الحكم فلان حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر كما في نصاب السرقة والمهر ويتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكاة وحرمة الصدقة ويتعلق تارة بأكثر من مائتين كما في الاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فاذا تعذر العمل بها الغاذكرها فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلاثة ووجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ما أشار اليه المصنف بقوله (لان صاحب النصاب) يعني صاحب نصاب الزكاة (مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره) بدفع زكاته والتصدق على الفقير (بخلاف مادونه) أي بخلاف مادون النصاب فان صاحبه مقل ونهذا لم يلزمه مواساة غيره قال صاحب العناية في تقرير دليلهما وقالا أمكن العمل بها أي بالكثرة حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به أولى من الالغاء اهـ أقول فيه نظر لان نصاب الزكاة وان كان له كثرة في ترتب حكم وجوب الزكاة الا أن نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عندنا له أيضا كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع وكذا الاكثر من المائتين مما يحصل به الاستطاعة في الحج من الاماكن البعيدة له كثرة في ترتب حكم وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكمية فلم يمكن العمل باحداها على التعيين فقوله لان في النصاب كثرة حكمية لا يجدي شيأ وهو ظاهر وكذا قوله فالعمل به أولى من الالغاء لان أولوية العمل به من الالغاء لا يستلزم أولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة أخرى فلا يتم المطلوب وقال صاحب الغاية في تقرير دليلهما ولابي يوسف ومحمد أن العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي لكن أمكن العمل بها حكما ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكن تصحيحه فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كأنه قال لفلان علي دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لانها كثيرة شرعا في حق القطع والمهر ووجوب الزكاة وحرمة الصدقة فأما العشرة ان كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكاة قليل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل من ذلك الاسم لا الى الناقص وأقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم فأما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه أقول فيه أيضا نظر لان ما بسطه وان أفاد في الظاهر أولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد أولوية حملها على المائتين من حملها على الاكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الاماكن البعيدة كما أدرجه نفسه أيضا في تقرير دليل الشافعي بل أفاد أولوية العكس لان الاكثر من المائتين هو الذي يتحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فانه كثير

لم يصدق في أقل من عشرة عند أبي حنيفة وفي أقل من مائتي درهم عندهما) وفي أقل من ثلاثة عند الشافعي لان الكثرة أمر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وبأقل منه كما في السرقة والمهر على مذهبه وبالمائتين أخرى كالزكاة ووجوبا وحرمانا من أخذها وبأكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلاثة وقالا أمكن العمل بها حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل بها أولى من الالغاء وقال أبو حنيفة الدراهم مميز يقع به تمييز العدد

(قوله لان الكثرة الخ) أقول قوله لان الكثرة تعليل لقوله وفي أقل الخ (قوله كما في السرقة والمهر الخ) أقول كما في السرقة مثال العشرة يعني على مذهبنا وقوله والمهر نظير الاقل على مذهبه

وله أن العشرة أقصى ماينتهى اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) لانها أقل الجمع الصحيح

في حق وجوب الحج أيضا من الاماكن البعيدة وأما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر الى حكم الحج من الاماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تأمل (وله) أي ولابي حنيفة رحمه الله (أن العشرة أقصى ماينتهى اليه اسم الجمع) أي عند كونه مميزا للعدد (يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما) يعني أن العدد اذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردا لاجمعا (فيكون) أي العشرة (هو الاكثر من حيث اللفظ) أي من حيث دلالة اللفظ عليه (فينصرف اليه) لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره كذا في العناية لا يقال ينبغي أن يصدق فيما بين الثلاثة والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له كذا في غاية البيان أقول بقي ههنا شيء وهو أن كون العشرة أقصى ماينتهى اليه اسم الجمع انما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بان يكون مميزا له كما نبهنا عليه آنفا لا عند انفراده عنه فانه يجوز أن يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة الى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف باللغة ومسئلتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة لان جمع الكثرة أقله عشرة أقول ليس ذلك بصحيح أما أولا فلان جمع الكثرة أقله أحد عشر لا عشرة على ما تقرر في علم النحو قال الفاضل الرضي قالوا مطلق الجمع على ضربين قلة وكثرة والمراد بالقليل من الثلاثة الى العشرة والحدان داخلان وبالكثير ما فوق العشرة انتهى وأما ثانيا فلانه لو كانت علة قول أبي حنيفة في هذه المسئلة كون أقل جمع الكثرة عشرة لزم أن لا يصدق أيضا عنده في أقل من عشرة فيما اذا قال له على دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع أنه يصدق هناك في ثلاثة بالاتفاق كما سيأتي والاولى في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال ولابي حنيفة أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصا وانما تثبت ضرورة أن لا تصير صفة الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر وما ثبت مقتضى صحة الغير يثبت أدنى ما يصح به الغير وأدنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روى أنه كان لا يقطع في الشيء التافه ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى قال الشيخ أبو نصر البغدادي والفرق لابي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى العدد وقوله مال عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فيجب الزكاة فيه فاعتبر ذلك (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له على دراهم وجب عليه ثلاثة دراهم بالاتفاق قال المصنف في تعليله (لانها أقل الجمع الصحيح) يعني أن الدراهم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ثلاثة لكونه متيقنا أقول فيه بحث لانه ان كان لفظ الصحيح في قوله لانه أقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب يرد عليه أن الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعى وان كان صفة لاقل كما يشعر به قول صاحب الكافي لانه أدنى الجمع المتفق عليه وقول صاحب العناية لانها أقل الجمع الصحيح الذي لاخلاف فيه بخلاف المثنى يتجه عليه أن كون أقل الجمع ثلاثة انما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة فان أقل جمع الكثرة أحد عشر كما مر بيانه آنفا والدراهم جمع كثرة اذ قد تقرر في كتب النحو أن جميع أمثلة الجمع المكسر جمع كثرة سوى الامثلة الاربعة المعروفة وهي أفعل وأفعال وأفعلة

وأقصى ماينتهى اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان مابعده يميز بالمفرد يقال أحد عشر درهما ومائة وألف درهم فتكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره (ولو قال على دراهم فهي ثلاثة) بالاتفاق لانها أقل الجمع الصحيح الذي لاخلاف فيه بخلاف المثنى

(قوله لا يعدل الى غيره) أقول خبر ان في قوله لان العمل عادل الخ

(الا أن يبين أكثر منها) لان اللفظ يحتمله و ينصرف الى الوزن المعتاد (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما) لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد وعشرين) لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره

وفعلة عند الكل وسوى فعلة كاكلة عند الفراء وسوى أفعلاء كاصدقاء فى نقل التبريزى ولفظ الدراهم ليس من أحد هاتيك الامثلة فيكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب ثم أقول يمكن الجواب عن ذلك بوجهين على اختيار الشق الثانى من الترديد الاول ان الفاضل الرضى صرح بأن كل جمع تكسير لثر باعى الاصلى حروفه مشترك بين القلة والكثرة ولا شك أن الدراهم من هذا القبيل فلما اشترك بين القلة والكثرة كان أقله المتيقن هو الثلاثة فتم المطلوب والثانى أن المحقق التفتازانى قال فى التلويح فى أوائل مباحث ألفاظ العام بصدد تحقيق ماذهب اليه أكثر الصحابة والفقهاء وأئمة اللغة من أن أقل الجمع ثلاثة واعلم أنهم لم يفرقوا فى هذا المقام بين جمعى القلة والكثرة فدل بظاهره على أن التفرقة بينهما انما هى فى جانب الزيادة يعنى أن جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها و جمع الكثرة غير مختص لانه مختص بما فوق العشرة وهذا أوفق بالاستعمالات وان صرح بخلافه كثير من الثقات انتهى كلامه فيجوز أن يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الاوفق بالاستعمالات وتقريرات أهل الاصول من كون التفرقة بين جمعى القلة والكثرة فى جانب الزيادة لا فى جانب النقصان فتدبر (الا أن يبين أكثر منها) هذا من تتمة كلام القدورى فى مختصره يعنى الا أن يبين المقر أكثر من الثلاثة فحينئذ يلزمه ما بينه قال المصنف (لان اللفظ) أى لفظ الجمع (يحتمله) أى يحتمل الاكثر من الثلاثة ولا تهمة فيه لكونه عليه لا له (وينصرف الى الوزن المعتاد) أى الى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف كما مر فى البيوع ولا يصدق فى أقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال فى التحفة وان لم يكن فيه شئ متعارف يحمل على وزن سبعة فانه الوزن المعتبر فى الشرع وهكذا ذكر فى العناية وقال فى البدائع وان كان الاقرار فى بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبعة يقع اقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا أقل من وزن بلده لا يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان فى البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما فى نقد البلد فان استوت يحمل على أقل الاوزان لانه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا تثبت مع الشك انتهى أقول بين المذكورين فى التحفة والبدائع فى صورة التساوى تفاوت بل تخالف لا يخفى (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما) هذا لفظ القدورى فى مختصره يعنى لو قال له على كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما ولم يعتبر قوله فى أقل من ذلك قال المصنف فى تعليله (لانه) أى المقر (ذكر عددين مبهمين) أى ذكر لفظين هما كنايتان عن العدد المبهم (ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك) أى أقل ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف (من المفسر) أى من العدد المفسر أى المصرح به (أحد عشر) وأكثره تسعة عشر فانه يقال أحد عشر الى تسعة عشر فيلزمه الاقل المتيقن من غير بيان والزيادة تقف على بيانه (ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد وعشرين) هذا أيضا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره) يعنى أن لفظ كذا كناية عن العدد والاصل فى استعماله اعتباره بالمفسر أى بالعدد الصريح فما له نظير فى الاعداد المفسرة يحمل على أقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا فاذا قال له على كذا كذا درهما فكأنه قال له على أحد عشر درهما واذا قال له على كذا وكذا درهما فكأنه قال له على أحد

وعشرون

الا أن يبين أكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة و ينصرف الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا فى الشرع قال (ولو قال كذا كذا درهما) كذا كناية عن العدد والاصل فى استعماله اعتباره بالمفسر فماله نظير فى الاعداد المفسرة حمل على أقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل

(قال المصنف لان اللفظ يحتمله مجازا) أقول فيصير كأنه قال لفلان على حفظ الالف

(ولو قال كذا درهما فهو درهم) لانه تفسير للمبهم

وعشرون درهما (ولو قال كذا درهما فهو درهم) هذه المسئلة ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري ولم يذكرها محمد رحمه الله فى الاصل يعنى لو قال له على كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد (لانه) أى لان درهما فى قوله كذا درهما (تفسير للمبهم) أى تمييز للشئ المبهم وهو كذا لانه كناية عن العدد المبهم وأقله المتيقن واحد فيحمل عليه وذكرت هذه المسئلة فى بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط والتتمة وفتاوى قاضيخان على خلاف ما ذكره المصنف فانه قال فى الذخيرة والمحيط وفى الجامع الاصغر اذا قال لفلان على كذا درهما فعليه درهمان لان هذا أقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شئ آخر وقال فى التتمة وفى الجامع الاصغر اذا قال كذا دينارا فعليه ديناران لان هذا أقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شئ آخر وقال فى فتاوى قاضيخان لو قال لفلان على كذا دينارا فعليه ديناران لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان انتهى أقول فيما ذكر فى تلك الكتب نظر لان عدم كون الواحد من العدد انما هو فى اصطلاح الحساب وأما فى الوضع واللغة فهو من العدد قطعا وعن هذا ترى أئمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا أصول العدد اثنتى عشرة كلمة واحدا الى عشرة ومائة وألف وقال العلامة الجوهرى فى صحاحه الاحد بمعنى الواحد وهو أول العدد انتهى وقال المحقق الرضى فى شرح الكافية لا خلاف عند النحاة فى أن لفظ واحد واثنان من أسماء العدد وعند الحساب ليس الواحد من العدد لان العدد عندهم هو الزائد على الواحد ومنع بعضهم أن يكون الاثنان من العدد انتهى ولا شك أن كون كذا كناية عن العدد ليس بمبنى على اصطلاح الحساب بل هو أمر جار على أصل الوضع واللغة فكون أقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضى كون الواجب على المقر فى المسئلة المذكورة درهمين كما لا يخفى قال صاحب غاية البيان كان ينبغى أن يلزمه فى هذه المسئلة أحد عشر لانه أول العدد الذى يقع مميزه منصوبا واذا كان كذلك ينبغى أن لا يصدق فى درهم والقياس فيه ما قاله فى مختصر الاسرار اذا قال له على كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن انتهى كلامه وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن يجب أحد عشر درهما لانه أقل عدد يجئ مميزه منصوبا قلت الاصل براءة الذمة فيثبت الادنى للتيقن انتهى أقول جوابه ليس بتام لان كون الاصل براءة الذمة انما يقتضى كون الثابت أدنى ما يحتمله لفظ المقر دون الادنى مطلقا كما لا يخفى ومعنى السؤال أن أدنى ما يحتمله لفظ المقر فى هذه المسئلة انما هو أحد عشر بدلالة كون المميز منصوبا فينبغى أن يكون الواجب عليه أحد عشر درهما وما ذكر فى الجواب لا يدفعه قطعا ثم أقول الحق فى الجواب أن يقال ان قوله كذا درهما وان كان نظير الاحد عشر درهما فى كون المميز منصوبا لكن ليس بنظير له فى نفس ما يميزه المنصوب لان أحد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فاذا لم يكن نفس كذا نظيرا لنفس أحد عشر لم يفد الاشتراك فى مجرد كون مميزهما منصوبا وهذا أمر لا سترة به قال فى الاختيار شرح المختار وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى وذكره الامام الزيلعى فى شرح الكنز نقلا عنه وقال صاحب معراج الدراية وما نقله ابن قدامة فى المغنى وصاحب الحلية عن محمد أنه ذكر اذا قال كذا درهما لزمه عشرون عنده لانه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب خلاف ما ذكر فى الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا ولم أجده فى الكتب المشهورة لاصحابنا اه كلامه أقول كأنه لم ير ما ذكره فى مختصر الاسرار وشرح المختار أو لم يعدهما من الكتب المشهورة لاصحابنا أو أراد أنه لم يجده منقولا عن محمد فى الكتب المشهورة لاصحابنا ثم ان التعليل المذكور فى المنقول المزبور وهو قوله لانه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب

فاذا قال كذا درهما ده
كما اذا قال له على درهم واذ
قال كذا كذا درهما كان
أحد عشر

(ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر) لانه لانظيرله سواه (وان ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون وان ربع يزاد عليها ألف) لان ذلك نظيره قال (وان قال له على أو قبلى فقد أقر بالدين) لان على صيغة ايجاب

قاصر فى الظاهر لان أقل عدد يفسره الواحد المنصوب انما هو أحد عشر دون عشرين فكان مراده انه أقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به فى غيره وان لم يكن لفظه مساعدا له قال المصنف (ولو ثلث كذا بغير واو) أى لو ذكر لفظة كذا ثلاث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهما (فاحد عشر) أى فالذى يلزمه أحد عشر درهما لاغير (لانه لانظيرله سواه) أى لانظيرله فى الاعداد الصريحة سوى أحد عشر يعنى سوى ما كان أقله أحد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلاثة على أحد عشر لكونهما نظيرى عددين صريحين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك أحد عشر ويحمل الواحد منهما على التكرير والتأكيد ضرورة عدم ثلاثة أعداد تجتمعة ذكرت بلا عاطف كذا قالوا (وان ثلث بالواو) بان قال كذا وكذا وكذا (فمائة وأحد وعشرون) أى فالذى يلزمه هذا المقدار (وان ربع) بان قال كذا وكذا وكذا وكذا (يزاد عليها) أى على مائة وأحد وعشرين (ألف) فيلزمه ألف ومائة وأحد وعشرون (لان ذلك نظيره) أى لان العدد الذى ذكرنا انه يلزم فى صورتى التثليث والتربيع نظير ماذكره المقر فى تينك الصورتين أى أقل ما كان نظيراله فحينئذ يكون قوله لان ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليل فى صورة التثليث وتأخيره الى هنا و يحتمل أن يكون ذلك تعليلا للقريب منه أعنى صورة التربيع و يكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه مما ذكره فى غيرها كما يشعر به تحرير صاحب الكافى حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة وأحد وعشرون لانه أقل ما يعبر عنه بثلاثة أعداد مع العاطف ولو ربع يزاد عليها الالف لان ذا نظيره انتهى قال الامام الزيلعى فى التبيين ولو خمس بالواو ينبغى ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة ألف ولو سبع يزاد ألف ألف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ماجرت العادة به الى مالايتناهى انتهى وقال شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه هذا كله اذا قال بالنصب فاما اذا قال درهم بالخفض بان قال كذا درهم يلزمه مائة درهم وقال هكذا روى عن محمد لانه ذكر عددا مبهما مرة واحدة وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض وأقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة درهم لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لان ثلاثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه وقال الامام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد واذا أقر أن لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما أحد عشر لانه لو أفرد كل واحد منهما فى الذكر لزمه أحد عشر فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد أحد عشر ولو قال له على كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه أحد عشر منهما جميعا وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا انا نقول لو فعلنا ذلك أدى الى الكسر وليس فى لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فان قيل هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم أقل مالية من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا الى ههنا كلامه (قال) أى قال محمد فى الاصل (وان قال له على أو قبلى فقد أقر بالدين) لم يذكر محمد هذه المسئلة فى الجامع الصغير وانما ذكرها فى الاصل أما وجه كونه مقرا بالدين فى قوله له على فما أشار اليه المصنف بقوله (لان على صيغة ايجاب) تقريره أن على كلمة خاصة للاخبار عن الواجب فى الذمة واشتقاقها من العلو وانما يعلوه

وان ثلث بغير واو ولم يزد على ذلك لعدم النظير واذا قال كذا وكذا كان أحدا وعشرين وان ثلث بالواو كان مائة وأحدا وعشرين وان ربع يزاد ألف ولو قال له على أو قبلى فهو اقرار بالدين لان على للايجاب

وقبلي ينبئ عن الضمان على مامر في الكفالة (ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رحمه الله وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة أقلهما والاول أصح

اذا كان دينا في ذمته لا يجد بدا من قضائه ليخرج عنه كذا في النهاية وتقرير آخر ان الدين وان لم يذكر دمر يحا في قوله له علي فقد ذكر اقتضاء لان كلمة على تستعمل في الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين كذا في غاية البيان وذكر في النهاية أيضا نقلا عن الامام المحبوبي وأما وجه كونه مقرا بالدين في قوله له قبلي فما أشار اليه بقوله (وقبلي ينبئ عن الضمان) لان هذا عبارة عن اللزوم ألا يرى أن الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وأن الكفيل يسمى قبيلا لانه ضامن للمال كذا في النهاية نقلا عن المبسوط (على مامر في الكفالة) من أنه تنعقد الكفالة بقوله أنا قبيل لان القبيل هو الكفيل أقول ههنا نظر وهو أن كون القبيل بمعنى الكفيل وتضمنه معنى الضمان لا يقتضي كون قبلي منبئا عن الضمان لان كلمة قبل غير كلمة القبيل ولم يذكر في كتب اللغة مجيء الاولى بمعنى الثانية قط بل الذي ذكره أئمة اللغة في كتبهم هو أن قبل فلان بمعنى عنده وأن قبلا بمعنى مقابلة وعيانا وأنه يجيء قبل بمعنى طاقة فانهم قالوا رأيته قبلا أي مقابلة وعيانا قال الله تعالى أو يأتيهم العذاب قبلا أي عيانا ولي قبل فلان حق أي عنده ومالي به قبل أي طاقة وأما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط والحاصل أن كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية في هاتيك المسئلة فتأمل (ولو قال المقر) في قوله علي أو قبلي (هو وديعة ووصل) أي ووصل قوله علي أو قبلي بقوله هو وديعة (صدق لان اللفظ يحتمله) أي يحتمل ما قاله (مجازا) أي من حيث المجاز (حيث يكون المضمون عليه حفظه) أي حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة (والمال محله) أي محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو مال الوديعة وأراد الحال وهو حفظه فجاز مجازا كما في قولهم نهر جار لكنه تغيير عن وضعه (فيصدق موصولا لا مفصولا) لانه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا كما في الاستثناء (قال) أي المصنف رحمه الله عنه (وفي نسخ المختصر) يعني مختصر القدوري (في قوله قبلي) أي وقع في قول المقر قبلي (انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما) أي ينتظم الدين والامانة (حتى صار قوله) أي قول القائل (لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا) بنص عليه محمد رحمه الله في الاصل حيث قال اذا قال لا حق له على فلان برئ فلان مما هو مضمون عليه وان قال لا حق عنده فهو برئ مما أصله الامانة وان قال لا حق لي قبل فلان برئ مما عليه ومما عنده لان ما عنده قبله وما عليه قبله انتهى (والامانة أقلهما) هذا تتمة الدليل يعني أن الامانة أقل الدين والامانة فيحمل قول المقر عليها لكونها الادنى المتيقن قال المصنف (والاول أصح) أي ما ذكر في الاصل هو الاصح قال في الكافي والاول مذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أحرى وأجدر وقال في معراج الدراية والاول وهو أنه اقرار بالدين أصح ذكر في المبسوط وعلل بان استعماله في الدين أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أولى انتهى أقول لقائل أن يقول ينتقض هذا التعليل بما اذا قال لا حق لي قبل فلان فانه لم يحمل هنالك على الدين خاصة بل جعل ابراء عن الدين والامانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هنالك أيضا ثم أقول يمكن دفع ذلك بامكان الفرق بين المسئلتين بان احداهما صورة الاثبات ولما لم يتيسر جمع اثبات الدين واثبات الامانة في شئ واحد حمل على ما هو الارجح منهما في هذه الصورة وأما الاخرى فصورة النفي ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الامانة عن شئ حمل على نفيهما معا في تلك الصورة ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف في باب الوصية

وقبلي ينبئ عن الضمان على مامر في الكفالة ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدق ويكون مجازا لايجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا (قال المصنف وفي نسخ المختصر) يعني مختصر القدوري في قوله قبلي (انه اقرار بامانة لان اللفظ ينتظمهما) حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة أقلهما فيحمل عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية تشرح مسائل الجامع الصغير والقدوري الا أن المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه في الذكر

(قوله بقوله وديعة) أقول قوله وديعة بالنصب أو الرفع معا (قوله لايجاب حفظ المضمون) أقول أي الذي من شأنه الضمان وهو المال (قوله والمال محله) أقول فيكون من ذكر المحل وارادة الحال والضمير في قوله محله راجع الى قوله حفظ المضمون

ولو قال عندي أو معي أو في يدي أو في بيتي أو في كيسي أو صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشئ في يده واليد تتنوع الى أمانة وضمان فيثبت أقلهما وهو الامانة ونوقض بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين

(ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو اقرار بأمانة في يده) لان كل ذلك اقرار بكون الشئ في يده وذلك يتنوع الى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الامانة (ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها فهو اقرار) لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكأنه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا

للاقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة ثم قال ولنا أن الجهة مختلفة لان أحدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلم ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه انتهى كلامه واعلم أنه كان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر أولا ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية شرح البداية التي تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدوري والزوائد عليهما مذكورة على سبيل التفريع الا أن المصنف لما رأى الكلام المذكور في الاصل هو الاصح قدمه في الذكر ولهذا لم يذكر في البداية غير ما ذكر في الاصل (ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو اقرار بأمانة في يده) وهذه كلها من مسائل الاصل قال المصنف في تعليلها (لان كل ذلك اقرار بكون الشئ في يده) لا في ذمته (وذلك) أي ما كان في يده (يتنوع الى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما) وهو الامانة توضيحه أن هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والامانة أدناهما فحمل عليها للتيقن بها وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما المكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن فاذا كانت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة تستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف كذا في التبيين فان قلت يشكل هذا بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فانه اقرار بالدين لا بالامانة مع أن الامانة أقلهما قلت تنوع اللفظ الى الضمان والامانة فيما نحن فيه انما نشأ من لفظ واحد وفي تلك المسئلة من لفظين والاصل أن أحد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للدين فاذا جمع بينهما في الاقرار ترجح الدين كذا في المبسوط قال في النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط وهذا لمعنى وهو أن استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لما يوجب الامانة ممكن لا على العكس لانه حينئذ يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق وأما في الاول فكان فيه استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق والاستعارة انما تصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد المحتمل للشيئين بل انما ينظر فيه الى ما هو الاعلى المحتمل والادنى المتيقن فيحمل على الادنى المتيقن لثبوته يقينا انتهى (ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها فهو اقرار) هذا كله لفظ القدوري في مختصره يعني أن ما ذكره المجيب في هذه الصور كلها يكون اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور أولا فكأنه أعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاول والثاني بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى واليه أشار المصنف بقوله (لان الهاء في الاول والثاني) أي في قوله اتزنها وفي قوله انتقدها (كناية عن المذكور في الدعوى فكأنه قال) في الاول (اتزن الالف التي لك علي) وفي الثاني انتقد الالف التي لك علي فصار كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد أخرجه مخرج الجواب (حتى لو لم يذكر حرف الكناية) يعني الهاء (لا يكون) كلامه (اقرارا)

فانه دين ولم يثبت أقلهما وهو الامانة وأجيب بانه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل للاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشئ لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل لي عليك ألف درهم فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور أولا فكأنه أعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاولين بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى وكأنه قال اتزن الالف التي لك علي كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا

(قوله وحمل الدين على الوديعة الخ) أقول وفيه بحث والاولى أن يقال ان حمل الدين على الوديعة لزم ارتكاب مجازين فان قوله قبلي اقرار بالدين بخلاف العكس فليتأمل (قال المصنف ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها) أقول الالف مذكر وتأنيث الضمير بتأويل الجملة وفي القاموس الالف من العدد مذكر ولو أنث باعتبار الدراهم جاز (قوله اذا لم يكن كلاما مستقلا) أقول بأن يشتمل على الضمير مثلا

بالمدعى

لعدم انصرافه الى المذكور والتأجيل انما يكون فى حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضى سابقة الوجوب وكذا لو قال أحلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا) لانه أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار

بالمدعى (لعدم انصرافه) أى لعدم انصراف كلامه (الى المذكور) أى الى المذكور فى الدعوى لكونه مستقلا بنفسه فكانه قال اقعدوزا بالناس أو نقادا لهم دراهمهم وا كتب المال ولا تؤذنى بالدعوى الباطلة (والتأجيل انما يكون فى حق واجب) هذا اشارة الى تعليل كون قوله أجلنى بها اقرارا يعنى أن التأجيل انما يكون فى حق واجب لانه للترفيه فاقتضى ذلك أن يكون طلب التأجيل اقرارا بحق واجب (والقضاء يتلو الوجوب) أى يتبع الوجوب هذا اشارة الى تعليل كون قوله قد قضيتكها اقرارا يعنى أن القضاء يقتضى سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه فلما ادعى قضاء الالف صار مقرا بوجوبها (ودعوى الابراء) بان قال أبرأتنى منها (كالقضاء) أى كدعوى القضاء (لما بينا) أشار به الى قوله والقضاء يتلو الوجوب يعنى أن الابراء أيضا يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون فى مال واجب عليه كذا فى الكافى أقول ههنا اشكال وهو أنه قد أطبقت كلمة الفقهاء فى كتاب الاقرار على أن قول المدعى عليه بالالف للمدعى قد قضيتكها أو أبرأتنى منها اقرار بوجوب الالف عليه وقالوا فى تعليل هذا ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء يتلوه وقد صرحوا فى كتاب الدعوى فى أكثر المعتبرات وفى مسائل شتى من كتاب القضاء فى الهداية والوقاية بأن المدعى عليه بالالف لو قال للمدعى ليس لك على شئ قط أو ما كان لك على شئ قط ثم ادعى قضاء تلك الالف للمدعى أو ادعى ابراء المدعى اياه من تلك الالف وأقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند أصحابنا سوى زفر وقالوا فى تعليل ذلك ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة حتى قال المصنف هناك ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى ولم يعتبروا قول زفر هناك القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء وقد أنكره فيكون مناقضا فكان بين كلاميهم المقررين فى المقامين تدافع لا يخفى فتدبر (وكذا دعوى الصدقة والهبة) يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لى كان ذلك أيضا اقرارا منه (لان التمليك يقتضى سابقة الوجوب) يعنى أن الصدقة والهبة من قبيل التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال فى ذمته كما لا يخفى (وكذا لو قال أحلتك بها على فلان) أى كان هذا القول منه أيضا اقرارا (لانه تحويل الدين) من ذمة الى ذمة وذا لا يكون بدون الوجوب وكذا لو قال والله لا أقضيكها اليوم أو لا أتزنها لك اليوم لانه نفى القضاء والوزن فى وقت بعينه وذلك لا يكون الا بعد وجوب أصل المال عليه فأما اذا لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا أبدا فلا يحتاج الى تأكيد نفى القضاء باليمين لانه فى نفسه منتف كذا فى المبسوط ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فأومأ برأسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره كذا فى الكافى وغيره (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا) هذا عندنا وقال الشافعى لزمه الدين مؤجلا لانه أقر بمال موصوف بانه مؤجل الى وقت فيلزمه بالوصف الذى أقر به وهذا ليس بشئ لان الاجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذى هو حق الدائن ولكنه مؤخر للمطالبة الى مضيه فكان دعواه الاجل كدعواه الابراء كذا ذكر فى باب الاستثناء من المبسوط قال المصنف فى تعليل قول أصحابنا (لانه) أى لان المقر بدين مؤجل (أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه) أى فى ذلك المال فيصدق فى الاقرار بلا حجة دون الدعوى (فصار) أى

لعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا فكانه قال اقعد وزانا للناس وا كتب المال واترك الدعوى الباطلة أو نقادا وانتقد للناس دراهمهم وأما فى قوله أجلنى فلان التأجيل انما يكون فى حق واجب وأما فى قد قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لى كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضى سابقة الوجوب واذا قال له على ألف درهم الى سنة وقال المقر له بل هى حالة فالقول للمقر له لان المقر أقر على نفسه مالا وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق

كما اذا أقر بعبد فى يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة فى الكفالة قال (ويستحلف المقر له على الاجل) لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر (وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع فى تفسير المائة اليه) وهو القياس فى الاول وبه قال الشافعى لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيرا لها فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى وجه الاستحسان وهو الفرق

فصار المقر فى هذه الصورة (كما اذا أقر) لغيره (بعبد فى يده) أى بعبد كائن فى يد نفسه بأنه ملك ذلك الغير (وادعى الاجارة) أى ادعى أنه استأجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقر له فى الملك دون الاجارة فانه لا يصدق هنالك فى دعوى الاجارة فكذا ههنا فى دعوى الاجل (بخلاف الاقرار بالدراهم السود) أى بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فصدقه فى المقر له بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض (لانه) أى لان السواد (صفة فيه) أى فى الدراهم أو فيما أقر به فيلزمه ما أقر به على الصفة التى أقر بها وأما الاجل فليس بصفة فى الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهر وقيم المتلفات بل الاجل فيها أمر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط والقول لمنكر العارض وقد أشار اليه بقوله (وقد مرت المسئلة فى الكفالة) فانه قال فى فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هى حالة فالقول قول المدعى وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول الضامن وقال وجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفى الكفالة ما أقر بالدين فانه لا دين عليه فى الصحيح انما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل فى الديون عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما فى الخيار أما الاجل فى الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (ويستحلف المقر له) أى يستحلف المقر له فى مسئلتنا هذه (على الاجل) أى على انكار الاجل (لانه منكر حقا عليه) فان المقر يدعى عليه التأجيل وهو ينكر ذلك (واليمين على المنكر) بالحديث المشهور وقال فى النهاية وفى الذخيرة فى الفصل الاول من كتاب الاقرار ولا يبطل الاقرار بالحلف حتى ان من أقر لرجل ثم أنكر فاستحلفه القاضى فحلف ثم أقام الطالب بينة على اقراره قضى له بالمقر به (وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم) وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة دراهم ذكره الامام قاضيخان حيث قال فى فتاواه ولو قال له على ألف ودرهم أو على ألف ودرهمان أو ألف وثلاثة دراهم كان الكل دراهم انتهى (ولو قال مائة وثوب) أى ولو قال له على مائة وثوب (لزمه ثوب واحد والمرجع فى تفسير المائة اليه) أى الى المقر قال المصنف (وهو القياس فى الاول) يعنى أن لزوم درهم واحد والرجوع فى تفسير المائة الى المقر هو القياس فى الفصل الاول أيضا وهو قوله له على مائة ودرهم ونظائره (وبه قال الشافعى) أى وبالقياس أخذ الشافعى فى هذا الفصل أيضا (لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها) أى على المائة (بالواو العاطفة لا تفسيرا لها) لان العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه (فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى) وهو قوله له على مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير الى البيان ولكن علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفصلين وأخذوا بالاستحسان فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما اذا قال له على مائة ودرهم أو مائة ودينار أو مائة وقفيز حنطة أو مائة ومن زعفران قال المصنف (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين

كما اذا أقر بعبد فى يده لغيره وادعى الاجارة لا يصدق فى دعوى الاجارة بخلاف ما اذا أقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة فى الدراهم فيلزم على الصفة التى أقر بها وقد مرت المسئلة فى الكفالة ويستحلف المقر له على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من أنكر وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب أو مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع فى تفسير المائة اليه لانه هو المجمل وهو القياس فى الدرهم أيضا وبه قال الشافعى لان المائة مبهمة والمبهم يحتاج الى التفسير ولا تفسير له ههنا لان الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين

(قوله لاقتضائه المغايرة) أقول أى لاقتضاء العطف المغايرة بخلاف التفسير فانه يقتضى الاتحاد

أنهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون أما الثياب ومالا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة (وكذا اذا قال مائة وثوبان) لما بينا (بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب) لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف

الفصلين (أنهم) أي أن الناس (استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره) أي بذكر الدرهم مرة (عقيب العددين) ألا يرى أنهم يقولون أحد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل (وهذا) أي استثقالهم (فيما يكثر استعماله وذلك) أي كثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك أي كثرة الوجوب بكثرة الاسباب (في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) يعني فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى (أما الثياب ومالا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها) فان الثياب لا تثبت في الذمة دينا الا في السلم والشاة ونحوها لا يثبت دينا في الذمة أصلا (فبقي) أي بقي هذا القسم (على الحقيقة) أي على الاصل وهو أن يكون بيان المجمل الى المجمل لا الى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت ههنا أقول في تقرير وجه الاستحسان على ماذكره المصنف نظر أما أولا فلان اكتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدي فيما نحن فيه اذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب أحد العددين بل انما ذكره عقيب عدد واحد وهو المائة وأما ثانيا فلانهم اكتفوا بذكر مثل الثوب أيضا عقيب العددين ألا يرى الى ماسيأتي أنه اذا قال مائة وثلاثة أثواب يكون الكل أثوابا لانصراف التفسير الى مجموع العددين المبهمين المذكورين قبله ويمكن أن يتمحل في الجواب بان يقال مراد المصنف أنهم استثقلوا تكرار المميز في كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة في بعض الاعداد رأسا للاختصار ألا يرى أنهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الاطلاق والاطراد وكذلك اكتفوا به في عدد واحد أيضا فيما يكثر استعماله ودورانه في الكلام كما نحن فيه نعم الاولى ههنا أن يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين ويقرر وجه الاستحسان على طرز ماذكر في الكافي وغيره وهو أن قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وذا عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ودورانه في الكلام وذا فيما يثبت في الذمة كالاثمان والمكيل والموزون بخلاف الثياب ومالا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها وثبوتها في الذمة فبقيت على الاصل قال في النهاية وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذلك في قوله مائة وشاة ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانها لا تقسم قسمة واحدة ومايقسم قسمة واحدة يتحقق في أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم انتهى ويوافقه ماذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال رجل قال لفلان على ألف وعبد عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال يقر في الاول بما يشاء ولو قال ألف وشاة أو ألف وبعير أو ألف وثوب أو ألف وفرس فهي ثياب وأغنام وأبعرة ولا يشبه هذا بني آدم لان بني آدم لا يقسم الى هنا كلامه وقال الامام الزيلعي في التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العبيد كالغنم وانما لا يقسمون عند أبي حنيفة رحمه الله انتهى فتأمل قال المصنف (وكذا اذا قال مائة وثوبان) أي يرجع في بيان المائة الى المقر (لما بينا) من أن الثياب ومالا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها (بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب) حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق (لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف) حتى يدل على المغايرة

آنهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت دينا في الذمة أصلا فلم يكثر بكثرتها فبقي على الحقيقة أي على الاصل وهو أن يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا أن الثياب ومالا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة

(قوله واكتفوا بذكره عقيب العددين الخ) أقول لا يخفى عليك ان الاكتفاء عقيب العددين لا يختص بما يثبت دينا في الذمة في جميع المعاملات بل يعم لمثل الثوب والشاة وغيرهما مما نحن فيه لم يذكر فيه عددان فلا يناسب هذا الكلام ظاهرا

فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكانت كلها ثيابا قال (ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع

(فانصرف اليهما) أي فانصرف التفسير المذكور الى العددين جميعا (لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها) أي كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين (ثيابا) لا يقال الاثواب جمع لا يصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد كذا في الكافي والشروح (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب وقولهم انما تسمى بذلك مادام فيها التمر والا فهي زنبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب قال صاحب الجمهرة أما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روى أفلح من كانت له قوصره يأكل منها كل يوم مره ثم قال ولا أدري ما صحة هذا البيت كذا في غاية البيان قال المصنف (وفسره في الاصل) أي فسر الاقرار بتمر في قوصرة في الاصل وهو المبسوط (بقوله) أي بقول المقر (غصبت تمرا في قوصرة ووجهه) أي وجه جواب هذه المسئلة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعا (أن القوصرة وعاء له) أي للتمر (وظرف له) أي للتمر (وغصب الشئ وهو مظروف) أي والحال أنه مظروف (لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه) أي فيلزم التمر والقوصرة المقر (وكذا الطعام في السفينة) أي وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت الطعام في السفينة (والحنطة في الجوالق) أي وفيما اذا قال غصبت الحنطة في الجوالق والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل أن ما كان الثاني ظرفا للاول ووعاء له لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وما كان للثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو قولك غصبت درهما في درهم لم يلزم الثاني لانه غير صالح لان يكون ظرفا لما أقر بغصبه أولا فلغا آخر كلامه كذا في المبسوط وذكر في الشروح أقول يرد على هذا الاصل النقض بما اذا أقر بدابة في اصطبل فان اللازم على المقر هناك هو الدابة خاصة عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما سيأتي مع أنه لا ريب في أن الثاني فيه صالح لان يكون ظرفا للاول ويمكن أن يقال ان ذلك من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم كما صرحوا به في مواضع منها أول كتاب الوكالة (بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة) يعني أن الحكم المذكور في كلمة في وأما الحكم في كلمة من فبخلافه (لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع) يعني أن كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بأن مبدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع كذا في الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافي وقال في النهاية لان كلمة من للتبعيض فانما يفهم منه الانتزاع انتهى وقال في غاية البيان ووجهه أن كلمة من يستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازمهما الا أن معناه أن من موضوعة للانتزاع انتهى أقول الحق في توجيه كلام المصنف ههنا ما ذهب اليه الفرقة الاولى لا ما ذهب اليه الفرقة الاخرى لان كلمة من في قول القائل غصبت تمرا من قوصرة لا تحتمل معنى التبعيض اذ لا يصح أن يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض في ذلك القول وأما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من في معنى التبعيض في موضع آخر فلا يجدي شيئا ههنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة بخلاف معنى الابتداء فان كلمة من في ذلك القول تحتمل الابتداء قطعا فيتم التقريب جدا وأما الحكم في كلمة على نحو أن يقول غصبت إكافا على حمار فكان اقرارا بغصب الاكاف

فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا يصلح تمييزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحدا قال (ومن أقر بتمر في قوصرة الخ) الاصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فاما أن يذكرهما بكلمة في أو بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر أو ثوبا في منديل أو طعاما في سفينة أو حنطة في جوالق لزماه لان غصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول لغا آخر كلامه

(قال المصنف ووجهه أن القوصرة الخ) أقول بخلاف قوله علي درهم في قفيز حنطة فانه يلزم الدرهم والقفيز باطل لانه أقر بدرهم في الذمة وما في الذمة لا يتصور أن يكون مظروفا في شئ آخر ووجه التفسير بما ذكره يعلم من هذا فليتأمل والمسئلة مذكورة في غاية البيان في شرح قوله له علي خمسة في خمسة (قوله ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك) أقول أي أحدهما ظرفا والآخر مظروفا

خاصة

قال (ومن أقر بدابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة) لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام فى البيت قال (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) لان اسم الخاتم يشمل الكل (ومن أقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل) لان الاسم ينطوى على الكل (ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم على الكل عرفا (وان قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا) لانه ظرف لان الثوب يلف فيه (وكذا لو قال على ثوب فى ثوب) لانه ظرف

خاصة والجار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشىء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا فى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة). انما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما أن هذا الكلام اقرار بهما جميعا الا ان اللزوم على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فى الدابة خاصة واليه أشار المصنف بقوله (لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما (وعلى قياس قول محمد يضمنهما) أى يضمن الدابة والاصطبل لان محمدا رحمه الله يرى غصب العقار فيدخلان فى الضمان عنده كما يدخلان فى الاقرار (ومثله الطعام فى البيت) أى ومثل الاقرار بالدابة فى الاصطبل الاقرار بالطعام فى البيت قال فى المبسوط ولو قال غصبت منك طعاما فى بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما فى سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا أن الطعام يدخل فى ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل فى ضمانه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لانه مما لا ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وان قال لم أحول الطعام من موضعه لم يصدق فى ذلك لانه أقر بغصب تام وفى الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو فى قوله لم أنقله راجعا عما أقر به فلم يصدق فكان ضامنا للطعام وفى قول محمد هو ضامن للبيت أيضا الى هنا لفظ المبسوط (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) قال المصنف فى تعليله (لان اسم الخاتم يشمل الكل) أى يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص فى بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولهما اسم الخاتم لزماه جميعا بالاقرار بالخاتم (وان أقر له) أى لغيره (بسيف فله النصل) وهو حديدة السيف (والجفن) وهو الغمد (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف (لان الاسم) يعنى اسم السيف (ينطوى) أى يشمل (على الكل) عرفا فله الكل (ومن أقر بحجلة) الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس وهى بيت يزين بالثياب والاسرة والستور كذا فى الصحاح (فله) أى فللمقر له (العيدان) برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود (والكسوة) أى وله الكسوة أيضا (لانطلاق الاسم) أى اسم الحجلة (على الكل عرفا) فله الكل وكذا لو أقر بدار أو أرض لرجل دخل البناء والاشجار اذا كانا فيهما حتى ان المقر لو أقام بينة بعد ذلك على أن البناء والاشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته وكذا لو أقام المقر بالخاتم بينة على ان الفص له لم تقبل بينته وأما اذا قال هذا الخاتم لى وفصه لك أو هذا السيف لى وحليته لك أو هذه الجبة لى وبطانتها لك وقال المقر له الكل لى فالقول للمقر فبعد ذلك ينظر ان لم يكن فى نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان فى النزع ضرر فواجب على المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به كذا فى الذخيرة (وان قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا لانه) أى المنديل (ظرف للثوب (لان الثوب يلف فيه) وقد مر أن غصب الشىء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف (وكذا) أى وكذا الحكم (لو قال على ثوب فى ثوب) لزماه (لانه ظرف) أى لان الثوب الثانى ظرف للثوب

ومن أقر بغصب دابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة يعنى أن الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الا ضمان الدابة خاصة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا اذا قال غصبت منه طعاما فى بيت لان الدابة والطعام يدخلان فى ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد يدخلان فى ضمانه دخولهما فى الاقرار لانه يرى بغصب العقار والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب وبقية كلامه يعلم من الاصل المذكور

بخلاف قوله درهم فى درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف (وان قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند أبى يوسف وقال محمد يلزمه أحد عشر ثوبا) لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ولابى يوسف ان حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضا قال الله تعالى فادخلى فى عبادى أى بين عبادى فوقع الشك والاصل براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا

الاول فيلزمه الثوبان جميعا (بخلاف قوله درهم فى درهم) أى بخلاف ما لو قال على درهم فى درهم (حيث يلزمه واحد) أى درهم واحد (لانه) أى لان قوله فى درهم (ضرب) أى ضرب حساب (لا ظرف) كما لا يخفى (وان قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند أبى يوسف) وفى الكافى وهو قول أبى حنيفة وفى التبيين وهو قول أبى حنيفة أولا (وقال محمد يلزمه أحد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف) يعنى أن كلمة فى حقيقة فى الظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة ههنا لان الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته فى عشرة أثواب فلا يصار الى المجاز قيل هو منقوض على أصله فانه لو قال غصبته كرباسا فى عشرة أثواب حرير يلزمه الكل عند محمد فى هذه الصورة أيضا مع أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعاء للكرباس عادة كذا فى الشروح قال فى النهاية واليه أشار فى المبسوط (ولابى يوسف أن حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضا قال الله تعالى فادخلى فى عبادى أى بين عبادى فوقع الشك) فى أن المراد بحرف فى ههنا معنى الظرف أو معنى البين وبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد (والاصل براءة الذمم) لانها خلقت بريئة عن الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة قوية ولم توجد فيما زاد على الواحد فلم يلزمه الا ثوب واحد (على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) يعنى أن مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه فانه اذا لف ثوب فى أثواب يكون كل ثوب موعى فى حق ما وراءه ولا يكون وعاء الا الثوب الذى هو ظاهر فانه وعاء وليس بموعى فلفظة كل ههنا لمجرد التكثير لا للاستغراق كما قالوا فى نظائرها فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة فى على الظرف فى قوله ثوب فى عشرة أثواب (فتعين الاول) أى المعنى الاول الذى هو البين (محملا) لكلمة فى فى قوله المزبور فكأنه قال على ثوب بين عشرة أثواب ولم يلزمه بهذا المعنى الا ثوب واحد قال كثير من الشراح فى حل هذا المقام فاذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية أن قال وتعين أول كلامه محملا يعنى أن يكون فى معنى البين انتهى أقول هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح اذ لا يساعد كلام المصنف جعل آخر كلام المقر لغوا فان قوله فتعين الاول محملا يدل على أن لآخر كلام المقر وهو قوله فى عشرة أثواب محملا متعينا وهو معنى البين المذكور أولا فاذا تيسر لآخر كلامه بل تعين له محمل صحيح من المعانى المستعملة فيها كلمة فى لم يصح جعل ذلك لغوا من الكلام اذ يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما أمكن ثم من العجائب ما زاده صاحب العناية فان قوله وتعين أول كلامه محملا بعد قوله كان آخر كلامه لغوا يدل على أنه حمل الاول فى قول المصنف فتعين الاول محملا على أول كلام المقر وهذا مع كونه مما يأبى عنه جدا قيد محملا ينافيه تفسيره بقوله يعنى أن يكون فى معنى البين لان الكون فى معنى البين انما يتصور فى آخر كلام المقر وهو قوله فى عشرة أثواب دون أول كلامه وهو قوله على ثوب اذ لا مساس له بمعنى البين أصلا واعلم أن الامام الزاهدى قال فى شرح مختصر القدورى قد اشتبه على فى هذه المسائل كلها أن المراد من هذه المسائل كلها أن المظروف معين مشار اليه أم يستوى المعين والمنكر فى ذلك الى أن ظفرت بالرواية بحمد الله تعالى ومنه أنه يستوى فيه المعرف والمنكر ويرجع فى بيان المنكر اليه وهو ما قاله فى المحيط ولو قال غصبتك ثوبا فى منديل فهو اقرار بغصب الثوب

(قوله لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب) قيل هو منقوض على أصله بان قال غصبت كرباسا فى عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع أن عشرة أثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة (قوله على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه والوعاء الذى هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين أول كلامه محملا يعنى أن يكون فى معنى البين

(قوله قيل هو منقوض على أصله) أقول اطلاق النقض ليس بموافق للاصطلاح فان اللازم قصور الدليل عن المدعى (قال المصنف فوقع الشك) أقول لتعارض الحقيقة لكلمة فى والعادة فان الثوب الواحد لا يصان فى عشرة أثواب عادة (قال المصنف على أن كل ثوب موعى الخ) أقول لفظة كل ههنا للتكثير

(ولو قال لفلان على خمسة فى خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه فى الطلاق (ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لان اللفظ يحتمله (ولو قال له على من درهم الى عشرة أو قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند أبى حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها) فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان

والمنديل ويرجع فى البيان اليه ولو قال درهما فى درهم أو درهما فى طعام لم يلزمه الا درهم والاصل فى هذه المسائل أن فى متى دخلت على ما يصلح ظرفا ويجعل ظرفا عادة اقتضى غصبهما والا فغصب الاول دون غيره الى هنا كلامه (ولو قال لفلان على خمسة فى خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لان الضرب لا يكثر المال) يعنى أن أثر الضرب فى تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا فى تكثير المال وخمسة دراهم وزنا وان جعل ألف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط على أن حساب الضرب فى الممسوحات لا فى الموزونات كذا قالوا ولان حرف فى للظرف حقيقة والدراهم لا تكون ظرفا للدراهم واستعماله فى غير الظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى مع قال الله تعالى فادخلى فى عبادى أى مع عبادى وقد يكون بمعنى على كما فى قوله تعالى ولاصلبنكم فى جذوع النخل أى على جذوع النخل وليس أحدهما أولى من الآخر فلزمه خمسة بأول كلامه ولغا آخره كذا فى المبسوط وغيره (وقال الحسن) يعنى الحسن بن زياد صاحب أبى حنيفة (يلزمه خمسة وعشرون) لانه الحاصل من ضرب خمسة فى خمسة عند أهل الحساب وقد مر جوابه آنفا قال المصنف (وقد ذكرناه فى الطلاق) أى فى باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق ولم يذكر المصنف هذه المسئلة ثمة صريحا بل فهم ذلك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق ثنتين فى ثنتين ونوى الضرب والحساب فعندنا يقع ثنتان وعنده يقع ثلاث وأعاد ذكر مسئلة الاقرار صريحا فى كتاب الطلاق فى شروح الجامع الصغير كذا فى غاية البيان (ولو قال أردت خمسة مع خمسة) أى لو قال المقر أردت بقولى خمسة فى خمسة خمسة مع خمسة (لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله) قال الله تعالى فادخلى فى عبادى قيل مع عبادى كذا فى الكافى ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة أيضا لانه استعمل فى بمعنى واو العطف كذا فى المبسوط وقد ذكر المصنف فى باب ايقاع الطلاق أنه لو نوى بقوله واحدة فى ثنتين واحدة وثنتين فهى ثلاث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لان فى يأتى بمعنى مع قال الله تعالى فادخلى فى عبادى ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثانى الى هنا لفظه قال صاحب النهاية ولم يذكر فى الكتاب ولا فى المبسوط أنه لو أراد بفى معنى على ما حكمه عند علمائنا وذكر فى الذخيرة أن حكمه أيضا الحكم فى حتى لو قال لفلان على عشرة فى عشرة ثم قال عنيت به على عشرة أو قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا اه (ولو قال له على من درهم الى عشرة أو قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند أبى حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان) أى الابتداء والانتهاء (وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان) قال فى النهاية والقياس ما قاله زفر فانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا ولا يدخل الحد فى المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان فى الاقرار فكذلك ههنا لا يدخل الحدان وأبو يوسف ومحمد قالا هو كذلك فى حد قائم بنفسه كما فى المحسوسات فأما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فأما ما ليس بواجب فلا يتصور أن يكون حدا لما هو واجب وأبو حنيفة يقول الاصل ما قاله زفر من أن الحد غير المحدود وما لا يقوم بنفسه حد ذكرا وان لم يكن واجبا الا أن الغاية الاولى لا بد من ادخالها لان الدرهم الثانى والثالث

(قوله لان الضرب لا يكثر المال) معناه أن أثر الضرب فى تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا فى زيادة المال وخمسة دراهم وزنا وان جعلته ألف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقى كلامه ظاهر وقد تقدم فى كتاب الطلاق

﴿فصل﴾ لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها فى فصل على حدة وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط والله أعلم
قال (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الخ) ومن أقر لحمل فاما أن يبين سببا أولا فان بين فاما أن يكون سببا صالحا أولا فان كان صالحا مثل أن يقول أوصى له فلان أومات أبوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عايناه حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلابد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به لمدة يعلم فيها أنه كان قائما أى موجودا وقت الاقرار

(ولو قال له من دارى ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شئ) وقد مرت الدلائل فى الطلاق

﴿فصل﴾ (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم فان قال أوصى له فلان أومات أبوه فورثه فالاقرار صحيح) لانه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له (ثم اذا جاءت به فى مدة يعلم أنه كان قائما وقت الاقرار لزمه

واجب ولا يتحقق الثانى بدون الاول ولان الكلام يستدعى ابتداءه فاذا أخرجنا الاول من أن يكون واجبا صار الثانى هو الابتداء فيخرج هو من أن يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده فلاجل هذه الضرورة أدخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة فى ادخال الغاية الثانية فأخذنا فيها بالقياس انتهى والحاصل أن ما قاله أبو حنيفة فى الغاية الاولى استحسان وفى الغاية الثانية قياس وما قالاه فى الغايتين استحسان وما قاله زفر فيهما قياس كذا فى مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده (ولو قال له من دارى ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله) أى للمقر له (ما بينهما) أى ما بين الحائطين (وليس له من الحائطين شئ) أى لا تدخل الغايتان فى هذه الصورة بالاتفاق قال المصنف (وقد مرت الدلائل) أى دلائل هذه المسائل (فى الطلاق) أى فى باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

﴿فصل﴾ لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها فى فصل على حدة وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط كذا فى الشروح (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم) فهو لا يخلو عن ثلاثة أوجه لانه اما أن يبين سببا أولا يبين ذلك فان بين سببا فاما أن يكون ذلك السبب صالحا أو غير صالح فان كان صالحا وهو الذى ذكره بقوله (فان قال أوصى بها) أى بالالف (له) أى للحمل وهو الجنين (فلان أو) قال (مات أبوه) أى أبو الحمل (فورثه) أى ورث الحمل الالف أنث ضمير الالف أولا باعتبار الدراهم وذكره ثانيا لكون الالف مذكرا فى الاصل قال فى القاموس الالف من العدد مذكر ولو أنث باعتبار الدراهم جاز انتهى (فالاقرار) فى هذا الوجه (صحيح لانه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له) أى للحمل يعنى أنه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل فلو عايناه حكمنا بوجوب المال عليه فكذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار صدر من أهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذبه فيما أقر به فكان صحيحا كما لو أقر به بعد الانفصال لان الجنين أهل لان يستحق المال بالارث أو الوصية (ثم اذا) وجد السبب فلابد من وجود المقر له عنده فان (جاءت) أى فلانة (به) أى بالولد (فى مدة يعلم بها أنه) أى الولد (كان قائما) أى موجودا (وقت الاقرار لزمه) أى لزم المقر ما أقر به والعلم بان الولد كان موجودا وقت الاقرار بطريقين أحدهما حقيقى والآخر حكمى فالحقيقى ما اذا وضعته لاقل من ستة أشهر والحكمى ما اذا وضعته لاكثر من ستة أشهر الى سنتين وكانت المرأة معتدة اذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده فى البطن وأما اذا لم تكن معتدة

بان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لا كثر الى سنتين وهى معتدة فكذلك وأما اذا جاءت به لا كثر من ستة أشهر وهى غير معتدة لم يلزمه

﴿فصل﴾ (قال المصنف ومن قال لحمل فلانة الخ) أقول قال الاتقانى لو أوصى لدابة رجل أن يعلف بعد موته جازت الوصية لانها وصية لصاحب الدابة لان الدابة لا تصلح مستحقة فيصير ذكرها لتعيين المصرف انتهى وفى المحيط فى باب اقرار الصبى والمعتوه والسكران والاخرس والاقرار لهم لو قال لدابة فلان على ألف درهم أو أوصى لها بالعلف واستهلكته يصح ويكون لصاحبها انتهى (قوله وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا لما فى المبسوط) أقول أى فى ايراد مسئلة الخيار عقيب مسائل الحمل وان خالف المبسوط حيث أوردهما فى فصل واحد وفى المبسوط عقد لكل منهما بابا على حدة فعنون مسائل الحمل بقوله باب الاقرار لما فى البطن ومسائل الخيار بقوله باب الخيار

(قوله من وقت الاقرار لزمه) أقول الصواب أن يقول من وقت موت الموصى أو المورث كما قاله العلامة النسفى فى الكافى حيث قال قال فى المبسوط وهذا اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من حين مات الموصى والمورث حتى علم أنه كان موجودا فى ذلك الوقت وان وضعته لا كثر من ستة أشهر لم يستحق شيئا الا أن تكون المرأة معتدة فحينئذ اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده فى البطن حين مات الموصى والمورث انتهى وذلك هو الموافق أيضا لما سيجىء فى كتاب الوصايا فراجعه

(فان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته) لانه اقرار فى الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما

معتدة وجاءت به لا كثر من ستة أشهر فلم يستحق شيأ كذا قالوا ثم ان الشراح افترقوا ههنا فى تعيين أول مدة يعلم بها أن الولد كان موجودا وقتئذ فمنهم من ذهب الى أنه من وقت الاقرار حيث قال بان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار كما قال صدر الشريعة أيضا فى شرح الوقاية ومنهم من ذهب الى أنه من وقت موت الموصى أو المورث حيث قال بان وضعته لاقل من ستة أشهر مذمات المورث والموصى كما قاله صاحب الكافى وذكر فى المبسوط أيضا أقول القول الاول وان كان أوفق بالمشروح فى الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الاقرار الا أن القول الثانى هو الموافق للتحقيق وهو أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق لا انشاء الحق ابتداء كما تقرر فى صدر كتاب الاقرار فان مقتضى ذلك أن يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الاقرار وسبب الملك فيما نحن فيه انما يتحقق وقت موت الموصى أو المورث فلا بد أن يعتبر أول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصى أو المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك فانه اذا جاءت بالولد فى مدة هى أقل من ستة أشهر من وقت الاقرار وأكثر من سنتين من وقت موت الموصى أو المورث أو أكثر من ستة أشهر الى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فى غير المعتدة فالظاهر أنه لا يلزم المقر للحمل شئ أما اذا جاءت به لاكثر من سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فلانه يتعين حينئذ أن الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن أهلا لاستحقاق المال ولا يفيد كونه موجودا عند مجرد الاقرار لان الاقرار اخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا انشاء الملك فى الحال وأما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر الى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فى غير المعتدة فلانه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شئ وان كان موجودا وقت الاقرار كما اذا بين سببا غير صالح على ما سيأتى لكن بقى ههنا شئ على القول الثانى أيضا وهو أنه اذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمى لا الحقيقى وذلك بان وضعته لاكثر من ستة أشهر الى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم حينئذ بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى ولا يخفى أن الحكم بثبوت النسب انما يكون فيما اذا ولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضى الحكم بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين ووقت الفراق أقل منهما فان قيل اعتبر أول المدة فى الطريق الحقيقى على القول الثانى من وقت موت المورث أو الموصى ففى الطريق الحكمى أيضا كذلك فلا يتصور حينئذ أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين والا لا يكون طريقا للعلم بذلك أصلا قلنا فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب رأسا حتى يكون ذلك حكما بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أقل من سنتين ووقت الفراق أكثر منهما فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل (فان جاءت به) أى ان جاءت فلانة بالولد (ميتا فالمال للموصى) فيما اذا قال أوصى به له فلان (والمورث) فيما اذا قال مات أبوه فورثه (حتى يقسم بين ورثته) أى يقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصى والمورث (لانه) أى لان ما قاله (اقرار فى الحقيقة لهما) أى للموصى والمورث (وانما ينتقل) منهما (الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل) اليه ههنا لانه مات قبل الولادة (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما) نصفين ان كانا ذكرين أو أنثيين وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففى الوصية كذلك وفى الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كذا فى الشروح قال بعض الفضلاء وهذا اذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم واناثهم فى الاستحقاق

وكذا ان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار فى الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين أو انثيين وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففى الوصية كذلك وفى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان السبب غير صالح

(قوله وفى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين) أقول اذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم واناثهم فى الاستحقاق والقسمة سواء

مثل أن قال باعني أو أقرضني لم يلزمه شئ لانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لاحقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف ما اذا أقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنائبه وهو القاضي أو من باذن له القاضي واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان أبهم الاقرار لم يصح عند أبي يوسف وصححه محمد لان الاقرار اذا صدر من أهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره عن أهله لانه هو المفروض وأمكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون اذا أقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين

ولو قال المقر باعني أو أقرضني لم يلزمه شئ) لانه بين مستحيلا قال (وان أبهم الاقرار لم يصح عند أبي يوسف وقال محمد يصح) لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف أن الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين

والقسمة سواء أقول لا حاجة الى هذا التقييد بالنظر الى وضع المسئلة وهو ان قال المقر مات أبوه فورثه فلهذا لم يتعرض له شراح الكتاب وصاحب الكافي وغيرهم وأما بالنظر الى مطلق الارث فلابد من التقييد وان كان السبب غير صالح وهو الذي ذكره بقوله (ولو قال المقر باعني أو أقرضني) أي باعني الحمل أو أقرضني (لم يلزمه شئ لانه بين مستحيلا) أي لان المقر بين سببا مستحيلا في العادة اذ لا يتصور البيع والاقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شئ فان قيل فهذا يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل وقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه كذا في المبسوط وأكثر الشراح قال في العناية أجيب بانه ليس برجوع بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة انتهى أقول فيه بحث لانه ان ظهر كذبه فانما ظهر في بيان ذلك السبب الغير الصالح لا في أصل اقراره وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن أصل اقراره الواقع في أول كلامه لجواز أن يكون صادقا في اقراره بان كان له سبب صالح في نفس الامر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فانه كاذب هنالك في أصل اقراره بيقين فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره فان قلت كما أن البيع والاقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع ومع ذلك لو أقر بان عليه ألف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع أو الاقراض أو الاجارة فانه صحيح يؤاخذ به قلت الرضيع وان كان لا يتجر بنفسه لكنه من أهل ان يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه وكذلك الاقراض وان كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي أو الاب باذن القاضي واذا تصور ذلك من نائبه جاز للمقر اضافة الاقرار اليه لان فعل النائب قد يضاف الى المنوب عنه كذا في النهاية وغيرها وان لم يبين سببا أصلا وهو المراد بقوله (وان أبهم الاقرار لم يصح) أي الاقرار (عند أبي يوسف) قيل وأبو حنيفة معه وبه قال الشافعي في قول (وقال محمد يصح) وبه قال الشافعي في الاصح ومالك وأحمد (لان الاقرار من الحجج) الشرعية (فيجب اعماله) مهما أمكن وذلك اذا صدر من أهله مضافا الى محله (وقد أمكن) اعماله ههنا اذ لا نزاع في صدوره عن أهله لانه هو المفروض وأمكن اضافته الى محله (بالحمل على السبب الصالح) وهو الميراث أو الوصية تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد المأذون له اذا أقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان جائزا تصحيحا لكلام العاقل (ولابي يوسف أن الاقرار مطلقه) أي مطلق الاقرار (ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين)

(قوله فان قيل كان ذلك رجوعا الخ) أقول أنت خبير بان هذا السؤال انما يتوهم وروده على مذهب محمد لا على رأي أبي يوسف فانه لا يصح الاقرار اذا أبهم حتى يكون بيان السبب المستحيل رجوعا

(قوله أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين الخ) أقول في مبسوط شمس الائمة قلنا لا كذلك بل هو بيان السبب محتمل فقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه وتبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه انتهى ومن هذا الجواب يعلم أن قوله بل ظهور كذبه بيقين محل كلام وان شئت زيادة تفصيل فراجع الى ما قالوا في توجيه قوله عليه الصلاة والسلام كل ذلك لم يكن في جواب ذي اليدين

عليه فيصير كما اذا صرح به

في الشركة (عليه) أي على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وأرش الجناية حتى يؤاخذ به العبد المأذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال وفي الاقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر أبدا كذا في المبسوط (فيصير) أي فيصير المقر فيما اذا أبهم بدلالة العرف (كما اذا صرح به) أي بسبب التجارة ولو صرح به كان فاسدا فكذا اذا أبهم قال في النهاية ولابي يوسف وجهان أحدهما ما ذكر في الكتاب والثاني ما ذكر في الذخيرة فقال ان هذا اقرار صدر من أهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله الا أن حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس أحدهما بان يعتبر سببا أولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بألف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسمائة وقيمتهما على السواء كان البيع في الذي اشترى من البائع فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين بان يصرف اليه مثل الثمن أو أكثر والجمع بينهما متعذر وليس أحدهما باولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا بخلاف العبد المأذون اذا أقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة وهي التجارة وللفساد جهات وهذا بخلاف ما لو بين سببا يستقيم به وجوب المال للجنين وصية أو ميراثا حيث كان الاقرار صحيحا لان جهة الجواز متعينة وهي ما صرح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه اقول الوجه الذي ذكر في الذخيرة منظور فيه أما أولا فلانا لا نسلم أن كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الاقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما وعدم تعين واحد منهما في صورة ابهام الاقرار له يقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه ما من الوجهين المذكورين للجواز وان لم يتعين خصوصية واحد منهما ألا يرى أن جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الاقرار بالاتفاق فكيف تمنعها جهالة سبب المقر به غاية الامر أن يلزم المقر بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقر به المجهول فمن أين يلزم الحكم بالفساد وأما ثانيا فلان ذلك الدليل منقوض بما اذا قال لرجل لك علي ألف درهم ولم يبين سببه فان هذا اقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع أنه يحتمل الجواز وهو ظاهر والفساد بان يكون بسبب ثمن خمر أو خنزير أو دم أو ميتة ولا شك أن لجواز الدين أسبابا كثيرة متعذرة الاجتماع ليس أحدهما أولى من الآخر وأما ثالثا فلان التنظير المذكور فيه ليس بتام لان الجهالة في مسئلة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه من البائع فانه لما جاز بيعه بوجهين بان يصرف اليه مثل الثمن الاول وبان يصرف اليه أكثر من الثمن الاول ولم يتعين أحد ذينك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة بلا كلام بخلاف جهالة السبب في الاقرار كما تحققته على أن تعليل فساد البيع في تلك المسئلة بما ذكر ليس بتام أيضا لانه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له فان لجواز بيعه أيضا وجهين بان يصرف اليه ما بقي من مثل الثمن الاول للعبد المشتري من البائع أو ما بقي من أكثر منه فانه اذا صرف الى أحد العبدين شيء من الثمن المسمى لهما يكون الباقي منه مصروفا الى الآخر ضرورة فتعدد وجه الجواز في أحدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر أيضا مع أن بيع عبد آخر له في المسئلة المزبورة ليس بفاسد اجماعا وينتقض أيضا بصحة بيع العبدين جميعا فيما اذا باع العبد المشتري بالف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة فان التعليل المذكور يجري في هذه الصورة أيضا بعينه بل مع زيادة لانه يجوز أن يصرف الى العبد المشتري من البائع في هذه الصورة أقل من الثمن الاول بخلاف الصورة الاولى فازداد في هذه الصورة وجه آخر للجواز

عليه فأخذ به الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به

(قوله فيصير بدلالة العرف الخ) أقول ويمكن أن يقال دلالة العرف فيما يتصور فيه سببية التجارة وأما فيما نحن فيه فلا نسلم تلك الدلالة فليتأمل

قال (ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه) لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط)

مع تخلف الحكم المذكور فيها ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشترى من البائع فى الصورة الاولى بوجه آخر لا يرد عليه شئ مما من مادتى النقض فتأمل وراجع محالها (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه) أى لزم المقر ما أقر به (لان له) أى لاقراره (وجها صحيحا وهو الوصية به) أى بالحمل (من جهة غيره) أى غير المقر بان أوصى بالحمل مالك الجارية ومالك الشاة لرجل ومات فأقر وارثه وهو عالم بوصية مورثه بان هذا الحمل لفلان واذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله (فحمل عليه) قال الشراح ولا وجه للميراث فى هذه الصورة لان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل أقول ليس الامر كذلك فان الفقهاء صرحوا بان من أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء وستأتى المسئلة بعينها فى كتاب الوصايا من هذا الكتاب فحينئذ يجوز أن يوصى مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثنى حملها ويموت فاذن تصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت فلو أقر الموصى له بعد أن قبض الحامل باستحقاقه اياها بان جزء هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح اقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث فى هذه الصورة ولا لتعليلهم اياه بان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل تأمل جدا فان ماذكرته وجه حسن دقيق لم يتنبه له الجمهور ثم أقول يشكل بهذه المسئلة الوجه الذى ذكر فى الكتاب وفى المبسوط من قبل أبى يوسف رحمه الله فى المسئلة الاولى فى صورة ابهام الاقرار فان مطلق الاقرار لم يصرف ههنا الى الاقرار بسبب التجارة بان يبيع الحمل من المقر له ونحو ذلك من الاسباب الغير الصالحة فى حق الحمل بل صرف عندهم جميعا الى الاقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ماذكره فى ذلك الوجه من أن مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة فيصير كما اذا صرح به فتدبر وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لابى يوسف بين هذه المسئلة والمسئلة الاولى فقال صاحب الغاية والفرق لابى يوسف بين هذه المسئلة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسئلة الاولى حيث لم يجوز الاقرار للحمل اذا أبهم الاقرار أن ههنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث الوصية والى ذلك أشار محمد فى الاصل لابى يوسف قال أرأيت لو ولدت غلاما وجارية كيف يقسم المال بينهما أثلاثا باعتبار الميراث أم نصفين باعتبار الوصية ففيه اشارة الى أن جواز الاقرار متعذر لاحتماله وجهين ارثا ووصية انتهى وقال صاحب النهاية قد ذكرنا آنفا انه اذا كانت جهة الجواز متعذرة لا تحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تكن احداهما فى الحمل عليها باولى من الاخرى وأما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما فى هذه المسئلة فان مزاحمة الميراث الوصية فى حق الحمل عليه غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب فى الحمل كان له نصيب أيضا فى الام لشيوع حقه فى جميع التركة وأما الوصية بحمل جارية أو بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابى يوسف فى صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل لما ذكرنا أن هناك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية وليس احداهما أولى من الاخرى فيبقى على البطلان انتهى وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية أيضا أقول مدار ماذكروه من الفروق على حرفين أحدهما أن تعدد جهة الجواز ينافى الحمل على الجواز وثانيهما أن جهة الجواز فى هذه المسئلة منحصرة فى الوصية وقد عرفت ما فى كل واحد منهما بما ذكرناه فى المقامين فيما مر آنفا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) يعنى ومن أقر لرجل بشئ على انه بالخيار فى اقراره ثلاثة أيام صح الاقرار وبطل الشرط أما بطلان الشرط وهو الاهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله

ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح الاقرار ولزمه لان له وجها صحيحا لان الجارية كانت لواحد أوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه ورث الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث فى هذه الصورة لان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل أيضا ومن أقر لرجل بشئ على انه بالخيار فى اقراره لثلاثة أيام فالاقرار صحيح يلزمه به ما أقر به لوجود الصيغة الملزمة وهى قوله على ونحوه والخيار باطل

لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله (ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل والله أعلم

﴿باب الاستثناء وما فى معناه﴾

قال (ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقى) لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقى ولكن لا بد من الاتصال

(لان الخيار للفسخ) أى لاجل الفسخ (والاخبار لا يحتمله) أى لا يحتمل الفسخ يعنى أن الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره أو لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثير اشتراط الخيار فى العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه وأما صحة الاقرار الى حكمها لزوم المقر به كما أشار اليه بقوله (ولزمه المال) أى ولزم المقر المال الذى أقر به فلما ذكره بقوله (لوجود الصيغة الملزمة) وهى قوله على ونحو ذلك (ولم ينعدم) أى اللزوم وقيل أى الاخبار (بهذا الشرط الباطل) يعنى شرط الخيار اذ لا تأثير للباطل ولان الخيار فى معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا الغاية فى حكم الاقرار وهو اللزوم كما أن التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا فى المبسوط وغيره قال فى المحيط البرهانى هذا اذا أقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب فاما اذا بين السبب بان قال لفلان على ألف درهم من قرض أو غصب بعينه أو مستهلك أو وديعة بعينها أو مستهلكة على أنى بالخيار فالخيار باطل والمال لازم لانه وان بين السبب الا أن اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح لان سبب الوجوب ان كان استهلاكا فالاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قرضا أو غصبا بعينه أو وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قابلا للفسخ بالرد لان حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بان يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون فى اشتراط الخيار فائدة ولو قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع على أن المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الاصل فى جانب المقر انما ذكره فى جانب المقر له ولا شك أن المقر له اذا لم يصدق المقر فى الخيار لا يثبت له الخيار لانه فى الحاصل يدعى شراء بشرط الخيار وقد أنكر البائع الخيار ولا شك أنه يثبت متى صدقه المقر له فى ذلك لان هذا اشتراط الخيار فى سبب الوجوب وهو الشراء واشتراط الخيار فى الشراء مستقيم بخلاف ما اذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لان هنالك المال مشروط فى الاقرار واشتراط الخيار فى الاقرار لا يستقيم فان كذبه المقر له فى الخيار فاراد هو أن يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الاصل قالوا ويجب أن لا تسمع بينته لان البينة انما تسمع اذا ترتبت على دعوى صحيحة ودعوى الخيار من المقر ههنا لم تصح لمكان المناقضة الى هنا لفظ المحيط

﴿باب الاستثناء وما فى معناه﴾

لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما فى معناه فى كونه مغيرا كالشرط وغيره لان الاصل عدم التغيير (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن استثنى متصلا باقراره) أى موصولا باقراره لا مفصولا عنه (صح الاستثناء ولزمه الباقى) أى لزم المقر الباقى بعد الثنيا (لان الاستثناء مع الجملة) أى مع صدر الكلام (عبارة عن الباقى) فان معنى قوله على عشرة الا واحدا معنى على تسعة لما عرف فى الاصول (ولكن لا بد من الاتصال) لان

لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبران كان صادقا بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما أثره فى العقود لتتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه

﴿باب الاستثناء وما فى معناه﴾

لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما فى معناه فى كونه مغيرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثنى وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقى ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه (قال ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقى) أما لزوم الباقى فلان الاستثناء مع الجملة أى الصدر عبارة عن الباقى لان معنى قوله على عشرة الا درهما معنى قوله على تسعة لما عرف فى الاصول وأما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التأخير

الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان أو مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المصنف في الباب الاول من أيمان الزيادات استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان المستثنى بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك أن الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول أمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انحصار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لا يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى رأسا فما وجه ذلك أجيب بان الاستثناء تصرف لفظي ألا ترى أنه اذا قال أنت أي

(وسواء استثنى الاقل أو الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء) لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا

الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وهذا قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضا في الاصول (وسواء استثنى الاقل) أي الاقل من الباقي كما في قوله لفلان علي ألف الا أربعمائة (أو الاكثر) منه كما في قوله لفلان علي ألف الا ستمائة يعني لا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضا قول الاكثر وفي العناية وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك وفي معراج الدراية وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل وعن أحمد مثله انتهى وفي الكافي وعن أبي يوسف وهو قول مالك والفراء انه لا يصح استثناء الاكثر انتهى ويوافقه ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال وأما اذا قال لفلان علي ألف الا تسعمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول أبي يوسف على ما روي عنه في غير رواية الاصول لا يصح استثناء الاكثر ويلزمه الالف لان المستثنى أكثر من المستثنى منه انتهى قال جماعة من الشراح والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه أقول في كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الاكثر نظر لان صاحب الكشاف قال في تفسيرها نصفه بدل من الليل والا قليلا استثناء من النصف كأنه قال قم أقل من نصف الليل ثم قال وان شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الاكثر أما على الوجه الاول فلان المستثنى لا يكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بانه أكثر من الباقي نعم يعلم حينئذ انه أقل من النصف لكن يجوز أن يكون ذلك أقل من الباقي أيضا وأما على الوجه الثاني فلان المستثنى يكون حينئذ هو النصف لا الاكثر والمدعى جواز استثناء الاكثر فالاظهر في الاستدلال عليه ما ذكر في كثير من الشروح وهو أن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق في ذلك بين استثناء الاقل والاكثر وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم ألا ترى أن استثناء الكسر لم تتكلم به العرب وكان صحيحا ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما استثناء الكثير من القليل بأن قال لفلان علي عشرة دراهم الا تسعة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم الا ما روي عن أبي يوسف أنه لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن أئمة اللغة أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل الا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح انتهى كلامه ثم ان لجواز استثناء الاكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب في مختصره من أصول الفقه وهو قوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين أكثر بدليل قوله تعالى وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين (فان استثنى الجميع) أي الكل بان قال لفلان علي ألف درهم الا ألف درهم (لزمه الاقرار) أي لزم المقر جميع ما أقر به (وبطل الاستثناء) أي بطل ما ذكر في صورة الاستثناء (لانه) أي لان الاستثناء (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أي بالباقي بعد الثنيا (ولا حاصل بعده) أي ولا باقي بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء (فيكون رجوعا)

(قوله قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه) أقول قوله نصفه بدل من قليلا

أي فيكون ماذكره في صورة الاستثناء رجوعا عن الاقرار لا محالة لا استثناء حقيقيا والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد باطل وان كان موصولا لانه انما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لاول كلامه والابطال ليس من البيان في شيء كذا في المبسوط وغيره قال في غاية البيان وكذلك اذا استثنى أكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلان لا يجوز استثناء الالف وزيادة أولى قال المصنف (وقدمر الوجه في الطلاق) أي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق اعلم أن هذا الذي ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه وأما اذا كان من غير جنسه صح الاستثناء وان أتى على جميع المستثنى منه نحو أن يقول نسائي طوالق الا هؤلاء وليس له نساء الا هؤلاء يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائي طوالق الا نسائي لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن وكذا لو قال عبيدي أحرار الا عبيدي لم يصح الاستثناء وعتقوا كلهم ولو قال عبيدي احرار الا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم وكذلك لو قال أوصيت بثلث مالي الا ألف درهم ومات وثلث ماله ألف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية ولو قال أوصيت بثلث مالي لفلان الا ثلث مالي كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء كذا في شرح الطحاوي وقد أفصح المصنف عن هذا في الباب الاول من أيمان الزيادات حيث قال استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح انتهى وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك ههنا وهذا الفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظي فيبتني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم ألا يرى أنه اذا قال لامرأته أنت طالق ست طلقات الا أربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى ذات اللفظ ويتصور أن يدخل في ملكه غير هذه الجواري أو العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية أيضا ولكن بتغيير أسلوب تحريره أقول التحقيق الذي ذكروه مما لا يساعده لفظ المصنف في الزيادات لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا انما يتمشى عند كون غير اللفظ الاول أخص من اللفظ الاول بحسب المفهوم وأما عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما لو قال نسائي طوالق الا حلائلي أو الا أزواجي أو كونه أعم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء طوالق الا نسائي فلا يتمشى ذلك قطعا وقول المصنف في الزيادات أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح يتناول ما كان مساويا له وما كان أعم منه أيضا لان كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضي أن يصح الاستثناء فيهما أيضا وليس الامر كذلك كما صرحوا به قال في التوضيح بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل وأصحابنا قيدوه بلفظه أو بما يساويه نحو عبيدي أحرار الا عبيدي أو الا مماليكي لكن ان استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم لكن في الوجود يساويه يصح نحو عبيدي أحرار الا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى وقال بعض الافاضل في أصوله بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل بالاتفاق وقال مشايخنا هذا اذا كان بلفظه نحو نسائي طوالق الا نسائي أو بما يساويه نحو نسائي

طالق ست تطليقات الا أربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا فكان اعتباره أولى

(ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (ولو قال له على مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما) وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي أنهما اتحدا جنسا من حيث المالية

طوالق الا حلائلي أو باعم منه وان استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم يصح وان كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق الا زينب وهندا وبكرة وعمرة أو الا هؤلاء ولا نساء له سواهن حتى لا تطلق واحدة منهن انتهى كلامه وقد ذكرنا فيما مر نقلا عن غاية البيان عدم صحة الاستثناء فيما اذا كان المستثنى أكثر من المستثنى منه أي أعم منه (ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار أو القفيز) هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار أو قيمة قفيز الحنطة قال المصنف (وهذا) أي الحكم المذكور (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) استحسانا (ولو قال له على مائة) أي مائة درهم (الا ثوبا لم يصح الاستثناء) قياسا واستحسانا باتفاق أصحابنا (وقال محمد لا يصح فيهما) أي في الوجهين وهو القياس وبه قال زفر وأحمد (وقال الشافعي يصح فيهما) أي في الوجهين وبه قال مالك (لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ) يعني أن الاستثناء تصرف في اللفظ وهو اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام (وهذا) المعنى (لا يتحقق في خلاف الجنس) أي في استثناء خلاف الجنس واطلاق الاستثناء على المنقطع بطريق المجاز (وللشافعي أنهما) أي المستثنى والمستثنى منه (اتحدا جنسا من حيث المالية) يعني أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي قال في الكافي والكلام مع الشافعي بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة أي انما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص في العام فتقدير قوله لفلان على عشرة الا درهما فانه ليس على فعدم لزوم الدرهم للدليل المعارض لاول كلامه لا لانه يصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان أهل اللغة أطبقوا ان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي وهذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما يعارض به حكم الصدر ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم يضاد حكم الصدر لكان هذا نفيا للشركة لا توحيدا فاذ ثبت هذا الاصل فقال العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد أمكن هنا للمجانسة من حيث المالية وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه في القدر المستثنى من أن يكون ايجابا لقوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الايجاب لا في الاخبار وقد قال أهل اللغة قاطبة ان الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فجمع بين القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته واختير الاثبات في كلمة التوحيد اشارة والنفي قصدا لانه المقصود اذ الكفار يقرون به الا أنهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله واذا ثبت هذا الاصل فنقول الخ وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام الا أنه قال في أثناء تقرير كلام الشافعي بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الامكان فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى وقد اقتفى أثره بعض الشراح وقال صاحب العناية وكلام المصنف كما ترى يشير الى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء

ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولزمه مائة الا قيمة الدينار أو القفيز خلافا لمحمد ولو قال له على مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي وقوله (فيهما) أي في قول محمد والشافعي يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر لمحمد أن الاستثناء اخراج ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس وللشافعي أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المصنف

(قال المصنف لدخل تحت اللفظ) أقول فاعل دخل ضمير المستثنى المفهوم من الاستثناء فيكون المرجع حكميا ويجوز أن يعود الى الاستثناء مرادا به المستثنى على طريقة الاستخدام

كما ترى يشير الى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضا

ولهما أن المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون أوصافهما أثمان أما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم *

على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بأن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا انتهى كلامه* أقول لم يقل أحد من الشارحين بأن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي سوى صاحب الغاية فانه قال خلافا للشافعي لان الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ألا ترى الى قوله

وبلدة ليس بها أنيس * الا اليعافير والا العيس

قد استثنى من خلاف الجنس انتهى وأما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من أنه ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدال على ذلك لان المراد بالجنس في قولهم ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين ماهو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط والا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتأمل فكان المراد بالجنس في قولهم وان لم يكن من جنسه ماهو جنس صورة ومعنى أيضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطا عند الشافعي أيضا في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية فقول الشارح الاكمل قرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط ليس بتام (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (ان المجانسة في الاول) أي في الوجه الاول وهو قوله له على مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة (ثابتة من حيث الثمنية) يعني أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في الوجه الاول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله على مائة درهم الا ثوبا قال في العناية وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا ارتياب فيه لاحد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب (أما الدينار فظاهر) يعني أما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الاول فظاهر لان كلا من الدينار والدرهم من جنس الاثمان من حيث الذات بلا اشتباه (والمكيل والموزون أوصافهما أثمان) يعني وأما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الاول فلان المكيل والموزون أوصافهما أثمان توضيحه أن المكيلات والموزونات أثمان باوصافهما وان لم تكن أثمانا من حيث الذات حتى لو عينت في العقد يتعلق العقد بعينها الا أنها اذا وصفت ثبتت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض بها فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى وان كانت أجناسا صورة والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة لانه تكلم بالمائة صورة كذا في الكافي والشروح (أما الثوب) في الوجه الثاني (فليس بثمن أصلا) أي لا ذاتا ولا وصفا (ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) بل يثبت سلما أو ماهو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة مؤجلا فلم يكن استثناؤه من الدراهم استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا (وما يكون ثمنا صلح مقدرا) بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل (للدراهم) أي لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في أخص الاوصاف (فصار بقدره مستثنى من الدراهم) بقيمته فصار تقدير الكلام له على مائة الا قدر قيمة المستثنى وفي الذخيرة اذا وقع الاستثناء يطرح قيمة المستثنى

وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول ان الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا ولابي حنيفة وأبي يوسف أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا ارتياب فيه لاحد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب أما الدنانير فظاهرة وأما المقدرات فلانها أثمان باوصافها فانها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا أو مؤجلا وجاز الاستقراض بها وأما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في أخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته وأما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما أو ماهو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة

وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله متصلا) باقراره (لم يلزمه الاقرار) لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال أو تعليق فان كان الاول

من المقر به وان كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شئ (وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة (فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا) وفي بعض النسخ فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا (فلا يصح) أي الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الاقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لان جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فبقي المقر به مجهولا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في العناية ولقائل أن يقول ما ليس بثمن لا يصلح أن يكون مقدرا من حيث اللفظ ومن حيث القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى أقول بقي ههنا كلام آخر وهو أنهم صرحوا بان ما يكون ثمنا بوصفه كالمكيل والموزون انما يكون ثمنا واجبا في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية لا بسبب الذات والعين حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب في الذمة ولو وصف ولم يعين صار حكمه كحكم الدينار والدرهم فيجب في الذمة فالظاهر أن مثل هذا انما يصلح أن يكون مقدرا للدراهم اذا كان موصوفا لا مطلقا وفي مسئلتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة بشئ فلا يصلح أن يكون مقدرا للدراهم فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا في هذا الوجه أيضا فينبغي أن لا يصح الاستثناء في قوله الا قفيز حنطة فليتأمل في الجواب (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار) قال في الباب الاول من اقرار المبسوط ولو قال غصبتك هذا العبد أمس ان شاء الله لم يلزمه شئ استحسانا وفي القياس استثناؤه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاآت دون الاخبارات ولكن استحسن لان الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون في معنى الشرط فان الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبياء كالعهد من غيرهم فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه والاقرار لا يكون ملزما الا بكلام هو عزيمة لكن انما يعمل الاستثناء اذا كان موصولا بالكلام لا اذا كان مفصولا عنه فان المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في اقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان رجوعه نفي لما أثبته فكان تناقضا منه والتناقض لا يصح مفصولا كان أو موصولا أما هذا فبيان تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال) كما هو مذهب أبي يوسف (أو تعليق) كما هو مذهب محمد كذا ذكره الامام قاضيخان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند من قال انه ابطال لا يقع الطلاق وعند من قال انه تعليق يقع لانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع وكيفما كان لم يلزمه الاقرار كما بينه المصنف بقوله (فان كان الاول

وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولقائل أن يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ أو القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس او معناه بما ذكرنا من حيث أخص الاوصاف استحسانا فلابد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات قال (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله الخ) ومن قال لفلان علي مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب أبي يوسف أو هو تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند أبي يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع وكيفما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول

فقد بطل وان كان الثانى فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم فى الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له فى الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه الخ) ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لى فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان أن المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى أما أن لفظ الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى وأما أن الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظى وقد تقدم ذلك

فقد بطل وان كان الثانى فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أو لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا فى الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه فى معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له فى الاجل يكون المال حالا قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء) لان البناء داخل فى هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف فى الملفوظ

وهو الابطال (فقد بطل وان كان الثانى) وهو التعليق (فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط (أو لانه شرط لا يوقف عليه) أى لا يطلع عليه فان وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يكاد يطلع عليه أحد والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح لانه يكون اعداما من الاصل (كما ذكرنا فى الطلاق) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق ولو قال لفلان على ألف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا اقرار باطل لانه علقه بشرط فى وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به أصلا انما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين به أنه ليس بايقاع مالم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط أو الخطر نحو قوله ان دخلت الدار أو ان مطرت السماء أو ان هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو ان أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو ان بشرت بولد أو ان أصبت مالا أو ان كان كذلك أو ان كان حقا فهذا كله مبطل للاقرار اذا وصله بالكلام للمعنى الذى ذكرنا كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط وفى غاية البيان نقلا عن شرح الكافى للحاكم الشهيد (بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه فى معنى بيان المدة) وذلك من حيث العرف لان الناس يعتادون بذكر هذه الاشياء محل الاجل فحسب لان الدين المؤجل يصير حالا بالموت وبمجئ رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف (فيكون تأجيلا) أى فيكون ذكر هذه الاشياء منه تأجيلا أى دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة (لا تعليقا) أى لا يكون تعليقا بالشرط (حتى لو كذبه المقر له فى الاجل يكون المال حالا) لان دعوى الاجل من المقر غير مقبولة عندنا الا أن يثبته بالبينة أو يصدقه المقر له كما تقدم (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه) بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها (فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل فى هذا الاقرار معنى) أى تبعا (لا لفظا) أى لا مقصودا باللفظ لان البناء وصف فى الدار والوصف يدخل تبعا لا قصدا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض فى بيع الدار لا يسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى (والاستثناء تصرف فى الملفوظ) بجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء كذا قالوا أقول هذا وان كان موافقا لما ذكره المصنف وغيره فى كتاب الايمان من

(قال المصنف اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) أقول فى الكافى وكان ينبغى أن يجب المال كما فى شرط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمتنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا ألغى الخيار بقى حكم الاقرار بناء على السبب اه وفيه شئ (قوله لان البناء الى قوله لبيان المستثنى الخ) أقول وفى قوله لبيان المستثنى الخ بحث ثم أقول قد كتب فى هامش الكتاب فى هذا المقام من خط المؤلف ما هو صورته وتلخيص الحجة أن البناء ههنا ليس متناول اللفظ والمستثنى متناول اللفظ ينتج أن البناء ليس مستثنى اه والظاهر الموافق للشروح أن يقال تلخيصها البناء داخل فى الدار معنى وكل ما هو داخل فى الشئ معنى لا يصح استثناؤه منه

والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا

أن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها الا أنه مخالف لما ذكر فى كتب اللغة فانه قال فى المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة وقال فى القاموس الدار المحل الذى يجمع البناء والعرصة ولا يخفى أن الظاهر المتبادر من ذلك أن تكون الدار اسما لمجموع البناء والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتأمل قال صدر الشريعة فان قلت يشكل ما ذكر بما اذا قال لفلان على ألف درهم الا قفيز حنطة فان الحنطة دخلت فى الدراهم معنى لا لفظا حتى صح استثناؤه قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ولا كذلك الدار فانها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكر البناء بطريق التناول قصدا بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له على ما ذكرنا والوصف يدخل تبعا لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا انتهى كلامه واقتفى أثره الشارح العينى أقول التعرض للفرق بين المسئلتين مما لا بد منه جدا وقد أهمله أكثر الشراح ولكن المرتبة التى ذكرها الشارحان المزبوران لا تقطع الكلام ههنا اذ لقائل أن يقول ان أريد بتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها اياها من حيث المعنى الوضعى للفظ الدراهم فهو ممنوع جدا ألا يرى الى ما مر فى تلك المسئلة من أن التحقيق أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا ارتياب فيه أحد وانما الكلام فى تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذى هو الثمنية وان أريد بذلك تناولها اياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يجدى نفعا اذ المصنف صرح ههنا بأن الاستثناء تصرف فى الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم لا يكفى فى صحة الاستثناء كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط فى صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط أيضا فى صحة استثناء البناء من الدار فان البناء داخل فى حكم بيع الدار وفى حكم الاقرار بالدار ونحوهما حتى علك المشترى والمقر له البناء أيضا فلا بد من زيادة ايضاح وتقرير فنقول المراد بذلك هو التناول من حيث الحكم لكن قصدا لا تبعا والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على أخص أوصافها الذى هو الثمنية تناولا قصديا لا تبعيا فان ما يتحقق فيه الثمنية كالدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب من قبيل الذوات فيجوز أن يكون مقصودا من الدراهم لمشاركته اياها فى أخص أوصافها وهو الثمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد ولا كذلك الدار مع البناء فان البناء وصف للدار فلا يدخل فى حكمها الا تبعا وبالجملة فرق بين ما يتناوله اللفظ حكما وبين ما يتبع متناوله فى الحكم فان الاول مدلول حكمى للفظ مقصود منه أصالة فيكون استثناؤه تصرفا فى الملفوظ اى فى مدلول اللفظ حكما فيصح والثانى خارج عن مدلول اللفظ وضعا وحكما غير مقصود منه أصلا لكنه تابع لمدلوله فى الحكم الثابت له فلا يكون استثناؤه تصرفا فى الملفوظ فلا يصح قال المصنف (والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار) يعنى لا يصح استثناء الفص فى الاقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة فى الاقرار بالبستان كما لا يصح استثناء البناء فى الاقرار بالدار (لانه) أى لان كل واحد من الفص والنخلة (يدخل فيه) أى يدخل فى الصدر (تبعا لا لفظا) والاستثناء تصرف فى الملفوظ كما مر قال بعض العلماء قول المصنف ههنا ان الفص يدخل تبعا لا لفظا ينافى قوله فيما مر ان اسم الخاتم يشمل الكل أقول يمكن أن يقال ان مراده بشمول اسم الخاتم الكل فى قوله السابق أعم من الشمول القصدى والتبعى ومراده بنفى دخول الفص فى الخاتم فى قوله اللاحق نفى الدخول القصدى فلا منافاة بينهما قال فى البدائع ولو أقر لانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة فى اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقر له لانه وان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن كمن أقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لانه اسم عام بل

والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار لانها تدخل فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها أو الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت فى بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لى كان الكل للمقر له لانه أقر بكلها ثم ادعى شيأ منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان فالبناء لا يتبعها

بخلاف ما اذا قال الا ثلثها أو الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا (ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال) لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة أرضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار

هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن انتهى كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلان قوله لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة ألا يرى الى ما قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة والى ما قال في القاموس الدار المحل يجمع البناء والعرصة وأما ثانيا فلان قوله لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن يدل على أن البناء جزء من معنى اسم الدار وهذا مع كونه مخالفا لما قاله أولا من ان اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضي صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له على عشرة الا واحد الا يقال يجوز أن يكون مراده بالتضمن معنى التبعية لا الجزئية فيؤل الى ما قاله المصنف وغيره لانا نقول مع اباء قوله هذه الاجزاء عن ذلك التوجيه جدا تنبعه قوله في تنظيره بمسئلة الاقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن فانه نص في دخول الفص كالحلقة بطريق الاصالة دون التبعية وهو خلاف ما صرح به المصنف وسائر الثقات (بخلاف ما اذا قال الا ثلثها) أي اذا قال هذه الدار لفلان الا ثلثها (أو الا بيتا منها) حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت (لانه) أي لان كل واحد من الثلث والبيت (داخل فيه) أي في الصدر الذي هو الدار (لفظا) ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا أقول كون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بأن الدار اسم للعرصة كما ذكروه في كتاب الايمان واستدلوا به على أن من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث اذ على تقدير أن يكون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا يكون جزأ من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت فاذا انهدمت وصارت صحراء لزم أن تنعدم بانعدام بعض أجزائها فلم يظهر وجه الحنث في المسئلة المذكورة والعجب من صاحب البدائع أنه قال ههنا بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو بيتا منها أنه يصح الاستثناء لما بينا أن الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح انتهى فان كون الدار اسما للعرصة يقتضي عدم صحة الاستثناء في صورة استثناء البيت من الدار لان البيت ليس من جنس العرصة اذ البيت اسم لبناء مسقف له حوائط أربعة على قول أو ثلاثة على قول آخر كما عرف في الايمان في مسئلة ما لو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة والعرصة هي البقعة كما سيأتي فاني هذه من ذلك فما ذكره يكون حجة عليه لا له في هاتيك الصورة (ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال) وهذا لفظ القدوري أيضا في مختصره يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان قال المصنف في تعليله (لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء) يعني أن العرصة في اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر في معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم (فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان) قال المصنف (بخلاف ما اذا قال مكان العرصة أرضا) أي بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان (حيث يكون البناء للمقر له) مع الارض (لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء) بناء على أن الارض أصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع (كالاقرار بالدار) حيث يكون البناء أيضا للمقر له هناك وان استثناه لنفسه كما مر فان قلت يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والارض لآخر فانه كما قال حتى يكون البناء للاول والارض للثاني ولم يقل هناك الاقرار بالارض اقرار بالبناء فما وجه الفرق

بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على أصلين أحدهما أن الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني أن اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا أقر بشيئين يتبع أحدهما الآخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر وان كان لشخصين فان قدم التابع فقال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصلح جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لان الاقرار به يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا أقر باحدهما فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لان في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فصح

(قوله لان الاقرار به) أقول الضمير في قوله به راجع الى المتبوع في قوله وان قدم المتبوع

(ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك) قال وهذا على وجوه أحدها هذا وهو أن يصدقه ويسلم العبد وجوابه ماذكر

بينهما قلت الفرق بينهما من حيث ان أول كلامه فيما أوردت اقرار معتبر بالبناء للاول فهب أن آخر كلامه اقرار بالارض والبناء لكن اقراره فيما صار مستحقا للغير لا يصح فكان للثانى الارض خاصة وأما فيما نحن فيه فآخر كلامه اقرار بالارض والبناء وهما جميعا ملكه فصح اقراره بهما للمقر له وذلك لان أول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لى غير معتبر لانه قد كان له قبل أن يذكره فبقى قوله وأرضها لفلان والاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له فى التبع توضيح الفرق أن البناء فى تلك المسئلة لما صار للمقر له الاول خرج من أن يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض للثانى بعد ذلك لا يتعدى الى البناء وفى مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له فى البناء تبعا كذا فى المبسوط اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل وتخريجها على أصلين أحدهما أن الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثانى أن اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لى وأرضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لى ادعى البناء وبقوله الارض لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال أرضها لى وبناؤها لفلان فهو على ما أقر لان بقوله أرضها لى ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان أقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لى فالارض والبناء للمقر له لان بقوله أرضها لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لى ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول لان بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان آخر كان مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله أولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وأرضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثانى والاقرار على الغير باطل كذا فى الذخيرة (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك) الى هنا لفظ القدورى فى مختصره (قال) أى قال المصنف رحمه الله (هذا) أى ماذكر من المسئلة (على وجوه أحدها هذا) أى هذا الوجه (وهو أن يصدقه) أى أن يصدق المقر له المقر (ويسلم العبد وجوابه) أى جواب هذا الوجه (ماذكر) من قوله قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا سلم العبد كيف يقال له ان شئت فسلم العبد الخ أقول ماذكره انما يتجه أن لو كان لفظ يسلم فى قول المصنف ويسلم العبد من سلمه اليه وأما اذا كان من سلمه له أى جعله سالما له فلا لان سلامة العبد للمقر انما تحصل باعتراف المقر له بانه عبدك لا عبدى وقد يتحقق هذا قبل تسليم العبد الى المقر فلا ينافى أن يقال له ان شئت فسلم العبد الخ وقد استعمل المصنف سلمه له مرادا به المعنى المذكور فى مواضع من كتابه هذا وما سيأتى فى فصل الدين المشترك من باب الصلح فى الدين حيث قال فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لانه رضى بالتسليم ليسلم له ما فى ذمة الغريم ولم يسلم انتهى ويحتمل أن يكون لفظ يسلم ههنا ثلاثيا من السلامة لا من التسليم ويكون العبد فاعلا لا مفعولا فحينئذ لا يتوهم المنافاة أصلا قال المصنف فى تعليل جواب الوجه

قال (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد الخ) ومن قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه فاما أن يذكر عبدا بعينه أولا فان كان الاول فهو على وجوه أحدها أن يصدقه فيقال له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك

(قال المصنف فسلم العبد) أقول أى التزم تسليمه (قال المصنف والا فلا شئ لك) أقول أى وان لم تلتزم فلا مخالفة لما مر فى البيوع (قال المصنف وهو أن يصدقه ويسلم العبد الخ) أقول فيه انه اذا سلم العبد كيف يقال له ان شئت فسلم العبد الخ فالاظهر هو الاكتفاء بقوله وهو أن يصدقه

لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثانى أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث أن يقول العبد عبدى ما بعتك وحكمه أن لا يلزم المقر شئ لانه ما أقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعى تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعى عليه الالف ببيع غيره

المذكور (لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة) يعنى أنهما تصادقا فى هذا الوجه والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد بالف والعبد فى يده كان عليه ألف درهم كذا ههنا قال صاحب العناية وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن على المقر وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه أحد وذلك باطل الى هنا كلامه وطعن بعض الفضلاء فى جوابه بان قال وليت شعرى أن ما ذكر فى الكتاب حكم أية مسئلة انتهى أقول ما ذكر فى الكتاب حكم مسئلة الاقرار فان نفس الاقرار والتصادق لا يقتضى الحكم بتسليم الثمن على المقر ولا الحكم بتسليم العبد على المقر له فان كل واحد من الحكمين المذكورين مقتضى الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه بل فيه اقرار محض وحكمه لزوم الالف على المقر ان سلم المقر له العبد اليه وأما ان لم يسلمه اليه بأن هلك فى يده فلا يلزمه شئ كما هو الحكم فى ثبوت البيع معاينة وهذا معنى ما ذكر فى الكتاب قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك وليس المراد من ان شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليمه اذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع الى المشترى بعد أن صح البيع وتم بل المراد منه أن لزوم الالف على المقر مشروط بتسليمك العبد اليه فان أردت الوصول الى حقك فسلم العبد ولا تضيعه وليس المراد بقوله وخذ الالف خذ الالف بعد تسليم العبد اذ لا دلالة على التعقيب فى الواو بل هى للجمع مطلقا فلا يخالف ما تقرر فى البيوع من أن اللازم فى بيع سلعة بثمن تسليم الثمن أولا فخلاصة ما ذكر فى الكتاب ههنا ما قال فى الوقاية وغيرها فان سلم المقر له لزمه الالف والا لا (والثانى) أى الوجه الثانى (أن يقول المقر له العبد عبدك) أى العبد الذى عينته عبدك (ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا) وسلمته اليك (وفيه) أى فى هذا الوجه (المال لازم على المقر لاقراره به) أى بالمال (عند سلامة العبد له وقد سلم) أى وقد سلم العبد له حين اعترف المقر له بانه ملكه (فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود) كما لو قال لك على ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت منى لان الاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب فى السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال ولا تفاوت فى هذا الوجه بين أن يكون العبد فى يد المقر أو فى يد المقر له كذا قالوا (والثالث) أى الوجه الثالث (أن يقول) أى المقر له (العبد عبدى) أى العبد الذى عينته عبدى (ما بعتك وحكمه) أى حكم هذا الوجه (أن لا يلزم المقر شئ لانه ما أقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه) أى فلا يلزم المال دون العبد لانه اذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ولا تفاوت فى هذا الوجه أيضا بين أن يكون العبد فى يد المقر أو فى يد المقر له لانه اذا كان فى يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقر شئ من ثمن العبد كذا قالوا (ولو قال مع ذلك) أى ولو قال المقر له مع انكار العبد المقر به (انما بعتك غيره) أى غير ذلك العبد (يتحالفان لان المقر يدعى تسليم من عينه) أى وجوب تسليمه (والآخر ينكر والمقر له يدعى عليه) أى على المقر (الالف) أى لزوم الالف (ببيع غيره) أى غير من عينه

لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن على المقر وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه أحد وذلك باطل والثانى أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته لك وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وكما لو قال لك على ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت منى ولا تفاوت فى هذا بين أن يكون العبد فى يد المقر أو المقر له والثالث أن يقول العبد عبدى ما بعتكه وفيه لا يلزم المقر شئ لان المقر ما أقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله وفى هذا أيضا لا تفاوت بين كون العبد فى يد المقر أو يد المقر له فانه اذا كان فى يد المقر يأخذ العبد ولو قال مع ذلك أى مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعى لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا لان المقر يدعى تسليم من عينه والآخر ينكره والمقر له يدعى عليه الالف ببيع غيره

(قوله فالحكم الأمر بتسليم الثمن الخ) أقول لا التخيير بان يقال ان شئت فسلم العبد ولا تسليم العبد أولا ثم أخذ الالف (قوله والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى الخ) أقول وليت شعرى أن ما ذكر فى الكتاب حكم أية مسئلة

والآخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه (وان قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ماقبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لانه رجوع فانه أقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لان الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال أبو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شئ

(والآخر ينكر) فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف (واذا تحالفا بطل المال) أى بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده (هذا) أى ماذكره من الوجوه (اذا ذكر) أى المقر (عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد) يعنى ان قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه (ولم يعينه) أى لم يعين المقر العبد المشترى (لزمه الالف ولم يصدق في قوله ماقبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) أى سواء وصل قوله ماقبضت العبد المشترى بكلامه السابق أو فصل عنه (لانه) أى لان قوله ماقبضت (رجوع) عما أقر به (فانه أقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على) أى نظرا الى هذه الكلمة التى ذكرها أولا في قوله له على ألف درهم اذ هى للايجاب (وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا) أى بالكلية (لان الجهالة) أى جهالة المبيع (مقارنة كانت) بالجهالة حالة العقد (أو طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه) أى نسى المتعاقدان ذلك العبد (عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع) خبران في قوله لان الجهالة يعنى أن الجهالة توجب هلاك المبيع أى تجعل المبيع في حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول (فيمتنع وجوب نقد الثمن) لان نقد الثمن لايجب الا باحضار المبيع وقد امتنع احضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن أيضا (واذا كان كذلك كان رجوعا) فان أول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع (فلا يصح وان كان موصولا) لان الرجوع عن الاقرار باطل مفصولا كان أو موصولا أقول للسائل أن يقول يشكل التعليل المذكور ههنا من قبل أبي حنيفة بمسئلة الاستثناء بمشيئة الله تعالى فانه لم يلزم المقر هناك الشئ بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل هناك أيضا بأن يقال ان أول الكلام اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وآخره ينافي الوجوب أصلا فيقتضي أن يكون رجوعا فيلزم أن لا يصح ويمكن أن يجاب عنه بما أشار اليه المصنف فيما سيأتى في مسئلة ما لو قال من ثمن خمر أو خنزير بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال وسنذكر تتمة الكلام هناك ان شاء الله تعالى ثم ان بعض الفضلاء أورد على هذا التعليل المزبور كلاما آخر وأجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشترى أنه هذا واحضار البائع فليتأمل فانه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى أقول لا الايراد بشئ ولا الجواب أما الاول فلان المقر فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له باحضاره لانه أصلا بل لم يمكن له احضاره لتعذر احضار المجهول فانى يتصور احضار البائع المبيع ههنا حتى يعترف المشترى بانه هذا وان أحضر المقر له عبدا بعينه من غير تكليف واعترف المقر بان ما اشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسئلة من قبيل ما اذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه بمعزل عنه وأما الثاني فلانه كيف يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الالف بلا عوض عند أبي حنيفة في هذه المسئلة وان لم يحضر البائع شيأ فهل يؤثر العاقل اعطاء الالف بلا عوض على اعطائه بمقابلة ما حضره البائع فالظاهر هو الاعتراف عند احضاره بلا ريب (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شئ) وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى

والمقر ينكره واذا تحالفا بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده وان كان الثاني لزمه الالف ولا يصدق في قوله ماقبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل لانه رجوع عما أقر به فان اقراره صح رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد أو طارئة كما اذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فأول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا وقال أبو يوسف ومحمد المقر له اما أن يصدق المقر في الجهة أو لا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سيأتى وان كذبه فالمقر اما أن وصل بقوله لم أقبضه أو فصل فان وصل فالقول

(قال المصنف لانه رجوع الى قوله لأن الجهالة مقارنة الخ) أقول في تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشترى بانه هذا واحضار البائع فليتأمل فانه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة

(قوله فان اقراره صح رجوعا) أقول الاولى أن يقول كما في الهداية فانه أقر بوجوب الألف وتوجيه كلامه ان صح بمعنى ثبت أى ثبت اقراره بوجوب الألف

وان

قوله وان فصل لم يصدق لان أول كلامه موجب وآخره قد تغير لانه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان أقر أنه باعه متاعا الخ وانما عبر عنه بذلك

ليعلم أن الحكم في المتاع حكم العبد

وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقرله أن يكون ذلك من ثمن عبد وان أقر أنه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببه وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا

(وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقرله أن يكون ذلك من ثمن عبد) أي اذا كذب المقرله المقر في الجهة وهي أن يكون ذلك الالف من ثمن عبد (وان أقر) أي ان أقر المقرله (انه) أي المقرله (باعه) أي باع المقر (متاعا) يعني ان صدق المقرله المقر في الجهة بأن قال انه باعه متاعا وهو العبد كما أقر به المقر ولكن كذبه في انكاره قبض المبيع (فالقول قول المقر) سواء وصل أم فصل وانما عبر المصنف ههنا عن المبيع بالمتاع حيث قال وان أقر أنه باعه متاعا وقد كان وضع مسئلة الكتاب في العبد ليعلم أن الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم في العبد (ووجه ذلك) أي وجه ما قاله الامامان (أنه) أي المقر (أقر بوجوب المال عليه) أي على نفسه حيث قال له علي ألف درهم (وبين سببا) له (وهو البيع) حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه (فان وافقه الطالب) يعني المقرله (في السبب) وهو البيع (وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض) أي وبمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري وانما يتأكد بالقبض والمقرله يدعي القبض (والمقر ينكره فيكون القول له) أي للمنكر قال صاحب العناية وفي عبارة المصنف نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك وقال ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه أقول النظر المزبور ساقط جدا فان قول المصنف فيكون القول له صالح لان يكون جوابا للشرط المذكور قطعا ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه أصلا اذ قد تقرر في علم النحو أن الجزاء اذا كان مضارعا مثبتا أو منفيا بلا ففيه الوجهان دخول الفاء عليه وعدم دخوله قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه وعدم الربط فيه ممنوع فان قوله وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره وقع قيدا للشرط المزبور فصار معنى الكلام فان وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري وانما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له ولا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قوله فيكون القول له مربوط بالشرط المزبور مقيدا بالقيد المذكور وان لم يكن مربوطا به عاريا عن ذلك القيد فلا حاجة الى تقدير جزاء محذوف كما تمحله ذلك الشارح (وان كذبه) أي وان كذب الطالب المقر (في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه) وهو قوله له علي ألف درهم (للوجوب مطلقا) رجوعا عن كلمة على (وآخره) أي آخر كلامه (يحتمل انتفاءه) أي انتفاء الوجوب (على اعتبار عدم القبض) فصار مغيرا لمقتضى أول كلامه (والمغير يصح موصولا لا مفصولا) كالاستثناء

قوله (وبه لا يتأكد الوجوب) أي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد بالقبض والمدعي يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له

(قوله والموعود هو معنى قوله الخ) أقول بقول الشارح آنفا كما سيأتي

(قوله وفي عبارته نظر الى قوله لوجود الفاء الخ) أقول في أوائل القسم الثالث من المفتاح وان توقف عليه ولا شبهة في أن الكلام فيه كلام من القبيل الثاني فيتوقف تعريفه على تعريف له سابق ويتسلسل أو يدور وقال السيد الشريف من شراحه دخول الفاء في قوله فيتوقف لوقوع الفصل وان كان الفاصل مما يتبين به لزوم الشرط للجزاء انتهى فعلم من هذا جواب نظر الشارح

(ولو قال ابتعت منه) وفي بعض النسخ ابتعت منه بيعا أي مبيعا وفي بعضها عينا (الا أني لم أقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض) ولم يقر بوجوب الثمن لجواز أن يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فانه من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير الخ) ولو قال له علي ألف من ثمن خمر أو من ثمن خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه أقر بوجوب ألف ثم زعم أنه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شئ لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فيحتمل أنه بنى اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله وأجاب بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين أهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا

(ولو قال ابتعت منه بيعا الا أني لم أقبضه فالقول قوله) بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي ألف من ثمن خمر أو خنزير (لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول كلامه للوجوب (وقالا اذا وصل لا يلزمه شئ) لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال

(ولو قال ابتعت منه بيعا) أي مبيعا وفي بعض النسخ عينا (الا أني لم أقبضه فالقول قوله) أي قول المقر (بالاجماع) ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها (لانه ليس من ضرورة البيع القبض) يعني أن المقر ههنا انما أقر بمجرد العقد والاقرار بالعقد لا يكون اقرارا بالقبض اذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشتري (بخلاف الاقرار بوجوب الثمن) فان من ضرورته القبض قال صاحب العناية هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى أقول وهذا النظر أيضا ساقط اذ الظاهر أن مراد المصنف ههنا هو الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين اذ هو المختلف فيه المحتاج الى الفرق وقد تقرر أن انكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا فلا بد في نفاذ الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض (قال) أي القدوري في مختصره (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) قال المصنف (ومعنى المسئلة) أي معنى المسئلة التي ذكرها القدوري (اذا قال لفلان علي ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره) يعني قوله من ثمن خمر أو خنزير (عند أبي حنيفة وصل أم فصل لانه) أي لان تفسيره (رجوع) عن اقراره (لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا) على المسلم (وأول كلامه) وهو قوله علي ألف (للوجوب) والرجوع عن الاقرار باطل (وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (اذا وصل لا يلزمه شئ لانه) أي المقر (بين بآخر كلامه أنه ما أراد به) أي بأول كلامه (الايجاب) لانه يحتمل أنه بنى اقراره على عادة الفسقة فان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا كذا في الشروح أقول هذا لا يتمشى فيما اذا قال من ثمن خنزير لانه لا يحتمل في هذه الصورة أن يبني اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة ان قال من ثمن خمر اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك وأما عادة الكفار فلا تسلح لان تجعل مبنى الكلام الا ان الكلام في المسلم كما لا يخفى والدليل الذي ذكره المصنف ههنا من قبلهما مسوق للصورتين معا فلا يتم التقريب (وصار) أي صار آخر كلامه فيما نحن فيه (كما اذا قال في آخره ان شاء الله) فانه يصدق هنالك اذا وصل فكذا ههنا أجاب المصنف عن هذا القياس بقوله (قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال) يعني أن قوله

(قال المصنف بخلاف الاقرار بوجوب الثمن الخ) أقول المراد هو الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين فان انكار القبض فيه ينافي الوجوب أصلا كما سبق

فليتأمل أو المطلق ينصرف الى الكامل فيكون المراد الوجوب المتأكد (قال المصنف ومعنى المسئلة الى قوله وصل أم فصل) ان أقول يجوز التوكيل بشراء الخمر عند أبي حنيفة فيجوز أن يضيف الاقرار الى الموكل كما سبق من الشراح في فصل الاقرار للعمل نظيره هذا لكن وضع المسئلة فيما اذا كان كل من المقر والمقر له مسلما (قال المصنف لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب) أقول يعني الايجاب الشرعي (قوله فيحتمل أنه بنى اقراره على هذه العادة) أقول يعني وحسب أنه يجب الثمن به (قوله وهذا ابطال والابطال رجوع الخ) أقول مخالف لظاهر ما سبق في الاستثناء بان شاء الله من قوله فان كان الاول فقد بطل الا أن يقال كان ذلك قول أبي يوسف

(ولو قال له على ألف من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق) وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة أو رصاص

ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا وما نحن فيه ابطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا أقول فيه كلام من وجهين أحدهما ان المصنف قال في مسئلة الاستثناء بمشيئة الله ان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال أو تعليق وقد بينا هناك أن المذكور في بعض الكتب المعتبرة أن الاول مذهب أبي يوسف والثاني مذهب محمد وفي بعضها ان الامر بالعكس فأياما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذلك أيضا ابطالا وثانيهما أن المصنف قال هناك فان كان الاول بمعنى الابطال فقد بطل وان كان الثاني بمعنى التعليق فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أولانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق فحصل منه أن الاستثناء بمشيئة الله وان كان تعليقا في أصله الا أنه ليس بتعليق في باب الاقرار بل هو ابطال على كل حال فكيف يتم قوله ههنا ذاك تعليق وهذا ابطال ويمكن أن يجاب عن الاول بأن الجواب المذكور ههنا من قبل أبي حنيفة يصير الزاميا بالنسبة الى من قال منهما يكون ذلك ابطالا ولا يجب أن يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما وعن الثاني بان الاستثناء بمشيئة الله وان لم يكن في باب الاقرار تعليقا حقيقة الا أنه في صورة التعليق وهذا القدر يكفي في قدح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما اذا قال في آخره ان شاء الله فان هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى وانما هي ابطال محض وأما تلك المسئلة فتعليق صورة وان كانت ابطالا معنى فافترقتا تأمل واعلم أن القدوري لم يذكر في مختصره خلافا في هذه المسئلة وانما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فأخذ المصنف منه ثم اعلم أن الخلاف المذكور فيما اذا كذبه الطالب وأما اذا صدقه في ذلك فلا يلزمه شئ في قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن خمر أو ميتة أو دم صرح به شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح (ولو قال له على ألف) أي ألف درهم (من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف) جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال (أو نبهرجة) وهي دون الزيوف فانها مما يرده التجار أيضا (وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد (ان قال موصولا) أي ان ذكر قوله هي زيوف أو نبهرجة موصولا بكلامه السابق (يصدق وان قال مفصولا) أي ان ذكر ذلك مفصولا عنه (لا يصدق) هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير أقول تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن نوع قصور فان قول أبي حنيفة في هذه المسئلة أن يلزمه الجياد سواء وصل قوله هي زيوف أو نبهرجة أم فصل كما صرح به ويقتضيه بيان الخلاف الا أن كلمة ثم في قوله ثم قال هي زيوف أو نبهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول أبي حنيفة بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه فالظاهر أن يذكر الواو بدل ثم كما وقع في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الاقرار بالزيوف واذا أقر الرجل بألف درهم دين من قرض أو ثمن مبيع وادعى أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق في قول أبي حنيفة وصل أم فصل وقال أبو يوسف ومحمد ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وعلى هذا نص محمد في الاصل قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا قال هي) أي الالف (ستوقة) وهي أردأ من النبهرجة (أو رصاص) أي أو قال هي رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل ويصدق عندهما ان وصل لكن هذا على احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية أخرى عنه لا يصدق ههنا وان وصل كما قاله أبو حنيفة كذا في شرح الجامع الصغير للامام قاضيخان والامام

ولو قال له على ألف من ثمن أو متاع أقرضني ألفا وبين أنها زيوف أو نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند أبي حنيفة وقالا ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة أو رصاص لكن على أحد قولي أبي يوسف فان في رواية عنه لا يصدق وان وصل

(قوله فان في رواية عنه لا يصدق الخ) أقول يعني لا يصدق في الستوقة والرصاص وأيضا اذا أقر بالفلوس لا يصدق في الفلوس الكاسدة

وعلى هذا اذا قال له على ألف درهم الا أنها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له على ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا أطلق ينصرف الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم

وعلى هذا اذا قال الا أنها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان على ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا أن مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا أنها وزن خمسة ولابى حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشترى بعتنيه سليما فالقول للمشترى لما بينا

التمرتاشى (وعلى هذا) أى على هذا الخلاف (اذا قال الا أنها زيوف) بكلمة الاستثناء (وعلى هذا الخلاف (اذا قال لفلان على ألف درهم زيوف) بالجر وتجرى الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى سبع بقرات سمان كذا فى معراج الدراية أقول فلابد من توجيه وصف المفرد بالجمع فتأمل (من ثمن متاع) هذا تتمة كلام المقر (لهما) أى لابى يوسف ومحمد فى هذه الصورة الخلافية (أنه) أى ما قاله المقر آخرا (بيان مغير) لما قاله أولا (فيصح موصولا) أى بشرط الوصل (كالشرط والاستثناء) فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير (وهذا) أى كون آخر كلام المقر فيما نحن فيه بيانا مغيرا (لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته) فان الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء فى الصرف أو السلم ولا يصير استبدالا (والستوقة بمجازه) أى و يحتمل الستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه (الا أن مطلقه) أى مطلق اسم الدراهم (ينصرف الى الجياد) لان بياعات الناس تكون بالجياد عادة (فكان) أى فكان ذكر الزيوف أو الستوقة فى آخر الكلام (بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول الكلام (من هذا الوجه) أى من الوجه المذكور فانه كان بيانا من جهة الاحتمال ومغيرا من جهة مخالفة العادة فصح موصولا (وصار) أى صار حكم هذا (كما اذا قال الا أنها وزن خمسة) أو ستة ونقد البلد وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا أقول لو تعرض المصنف فى أثناء التعليل لذكر النبهرجة أيضا لكان أوجه لانها مذكورة أيضا فى أصل المسئلة فان قلت النبهرجة كالزيوف فى كونها من جنس الاثمان كما صرح به فى مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز أن يكتفى فى التعليل بذكر حال الزيوف قلت رداءة النبهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هنالك أيضا فكان الاولى الاكتفاء بذكر حال الادنى ليعلم به حال ما فوقه بالاولوية ثم أقول ان قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر فى معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فان المذكور فيها درهم ستوق وتستوق أى زيف نبهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة فى المفسر مجازا فى المفسر فتأمل (ولابى حنيفة ان هذا) أى ما قاله المقر آخرا (رجوع) عما أقر به أولا ودعوى أمر عارض فلا يقبل وان وصل وذلك (لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب) لان موجبه سلامة البدل المستحق به عن العيب (والزيافة عيب) فى الدراهم (ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه) أى عن بعض موجب العقد فاذا ادعى أنها زيوف فقد أراد ابطال ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل (وصار) حكم هذا (كما اذا قال) البائع (بعتكه معيبا وقال المشترى بعتنيه سليما فالقول) هنالك (للمشترى لما بينا) أن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب فكذا ههنا الحاصل اختلافهم راجع الى أن الدراهم الزيوف هل هى داخلة فى مطلق اسم الدراهم أم لا فابو حنيفة رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا عما أقر أولا عن مطلق الدراهم وهما أدخلاها

كان استيفاء لا استبدالا والستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فأمكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكرها آخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا أنها وزن خمسة ولابى حنيفة أن هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد لكون دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشترى سليما كان القول للمشترى لما بينا ان مطلق العقد يقتضى السلامة

(قال المصنف وعلى هذا الى قوله فيصح الخ) أقول قال فى النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صححا استثناء الزيافة منها قلنا صححا ذلك من حيث المعنى ومن حيث المعنى الزيافة عين ليست بوصف فان قوله على ألف من ثمن متاع الا أنها زيوف بمنزلة قوله الا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف وهنالك صح هذا الاستثناء موصولا بالاجماع وهذا فى

معناه فينبغى أن يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا أنها رديئة اليه أشار فى الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى وفيه بحث اذ حينئذ ينبغى أن يقبل اذا فصل فتأمل تحت

والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا أنها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء فى الدار بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها

تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما فى الشرط والاستثناء كذا فى الاسرار وغيره (والستوقة ليست من الاثمان) أى ليست من جنس الاثمان (والبيع يرد على الثمن) فلم تكن الستوقة من محتملات العقد (فكان) أى فكان قوله الآخر (رجوعا) عما أقر به أولا أى فكان دعوى الستوقة ابتداء بل الادعاء رجوعا عن ذلك فلم يصح مفصولا ولا موصولا (وقوله الا أنها وزن خمسة يصح استثناء) هذا جواب عما استشهدا به تقريره ان ذلك ليس مما نحن فيه لانه يصح أن يكون استثناء (لانه مقدار) واستثناء بعض المقدار صحيح لان أول الكلام يتناول القدر فكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بلا ريب (بخلاف الجودة) أى بخلاف ما اذا قال الا أنها زيوف فان فى قوله الا أنها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب فى الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناؤها (لان استثناء الوصف لا يجوز) لعدم تناول صدر الكلام اياه قصدا بل تبعا (كاستثناء البناء فى الدار) على ما مر بيانه قال فى النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صحح أبو يوسف ومحمد استثناء الزيافة من الدراهم قلنا صححا ذلك من حيث المعنى والزيافة من حيث المعنى عين لا وصف فان قوله لفلان على ألف من ثمن متاع الا أنها زيوف صار بمنزلة قوله الا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا فى معناه فينبغى أن يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا أنها رديئة الى هذا أشار فى الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية وههنا بحث اذ حينئذ ينبغى أن يقبل اذا فصل فتأمل أقول بحثه ليس بشئ لان هذا البيان وان كان عندهما بيان نوع للدراهم الا أنه بيان تغيير بناء على أن مطلق العقد يقتضى السلامة والجودة عرفا فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغيير المقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر وبيان التغيير لا يصح الا موصولا وانما وقع ذلك الفاضل فى الغلط من قول صاحبى النهاية ومعراج الدراية فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا أنها رديئة فان قوله الا أنها رديئة يقبل وان فصل كما صرحوا به الا أن مرادهما أن ذلك بمنزلة قوله فى الحنطة الا أنها رديئة فى مجرد كونه نوعا لا وصفا لا فى الاتحاد فى جهة البيان كيف وقد صرحوا بان هذا بيان تغيير وذلك بيان تفسير قال المصنف رحمه الله (بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة نوع) أى منوعة (لا عيب) لان العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون رديئة فى أصل الخلقة فكانت الرديئة نوعا منها ولهذا قالوا لو اشترى حنطة مشارا اليها فوجدها رديئة لم يكن له خيار الرد بالعيب (فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها) أى عن الرداءة اذ ليس لمطلق العقد مقتضى فى نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة فليس فى بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولا ومفصولا كذا فى المبسوط وغيره وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا

(والستوقة ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن) فلم يكن من محتملات العقد (فكان) دعواها (رجوعا) قال (وقوله الا أنها وزن خمسة) جواب عما استشهدا به ووجهه أنه ليس مما نحن فيه لانه يصح أن يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء فى الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد أجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للتحكم أجيب بأن الرداءة فى الحنطة منوعة لا عيب وفى الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه أصل الخلقة السليمة والحنطة قد تكون رديئة فى أصل الخلقة وان كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يتبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة فليس فى بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولا كان أو مفصولا

(قال المصنف بخلاف الجودة) أقول أى بخلاف ما اذا قال الا أنها زيوف فان فيه استثناء الدراهم الجيدة عن الوجوب فى الذمة والجودة صفة ولا يصح استثناء الوصف كذا فى شرح الكاكى وحينئذ كان المناسب فى فصل الحنطة لان الجودة بدل قوله لان الرداءة لكن المصنف تفنن فذكر فيه المستثنى الصورى ثم اعلم أن فى دعوى رداءة الحنطة يصدق موصولا ومفصولا لانه بيان تفسير للمجمل وتمام التفصيل يطلب فى غاية البيان (قوله أجيب بان الرداءة الخ) أقول هذا ليس على اطلاقه كما سيجىء فى الصحيفة الثانية (قوله لم يكن مقتضى مطلق العقد) أقول أى لم يكن ما يخالفه أعنى الجودة (قوله فليس فى بيانه تغيير) أقول بل فيه تفسير مجمل

وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب

قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا أنها ردية لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد أجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للتحكم أجيب بأن الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم عيب انتهى أقول فيه نظر لان مفاد الجواب الثاني أن الرداءة في الدراهم عيب وفي الحنطة ليست بعيب لا أنها في الدراهم وصف وفي الحنطة ليست بوصف فلا يندفع به أصل السؤال لان حاصله نقض القول بان استثناء الوصف لا يجوز بجواز استثناء وصف الرداءة في الحنطة على أنه لا يندفع به السؤال الثاني أيضا لان حاصله طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم ثم أقول الباعث على شرحه المقام بالوجه المزبور هو أنه حسب أن قول المصنف رحمه الله بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة الخ متعلق بما ذكره في قبيله وهو قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فوقع فيما وقع ولكن لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قوله المذكور متعلق بما ذكره في أوائل دليل أبي حنيفة رحمه الله وهو قوله لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب يرشد اليه قطعا قوله ههنا اطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بعد قوله لان الرداءة نوع لا عيب ثم أقول وأما السؤال الذي ذكره الشارح المذكور بقوله فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا أنها ردية فجوابه أن يقال ليس هناك استثناء حقيقة وانما قوله الا أنها ردية بيان وتفسير للحنطة في قوله علي كر حنطة في صورة الاستثناء يرشد اليه أن صاحب الكافي قال في تقرير هذه المسئلة بخلاف ما لو قال له علي كر بر من ثمن مبيع أو قرض ثم قال هو ردئ فالقول قوله في ذلك وصل أم فصل لان الرداءة ليست بعيب في البر انتهى حيث بدل قوله الا أنها ردية بقوله هو ردئ تنبيها على أنه ليس مطمح النظر في هذه المسئلة صيغة الاستثناء بل ان الرداءة في مثل البر ليست بعيب فظهر أن حمل قول المصنف لان الرداءة نوع لا عيب جوابا عن السؤال المزبور من ضيق العطن فان قلت للسؤال المزبور جواب آخر أظهر مما ذكرته وهو أن قوله الا أنها ردية ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الردية فالمراد استثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب قلت لانه ينتقض على أصل أبي حنيفة بما اذا قال الا أنها زيوف فانه لا يقبل عنده مع جريان أن يقال انه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيافة بل لاستثناء العين وهو الدراهم الزيوف ونحن الآن بصدد تتميم قول أبي حنيفة فلا مجال للتشبث بذلك الجواب ههنا فتدبر (وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول) المراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (انه يصدق في الزيوف اذا وصل) يعني في القرض كذا وقع في النهاية وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بأن قال وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني اذا قال لفلان علي ألف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الاصول اذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض أما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات (لان القرض يوجب مثل المقبوض) يعني أن المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض (وقد يكون) المقبوض في القرض (زيفا كما في الغصب) فالواجب حينئذ الزيف لان القرض يقتضي بالمثل كالغصب فيصدق فيه كما يصدق في الغصب أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضي أن يصدق في الزيوف في القرض وصل أم فصل كما في الغصب على ما سيأتي

وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب

وجه الظاهر أن التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة) قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال (يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها) ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف (وقيل لا يصدق) عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه بتجارة سواء (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ألفا ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد و يودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل) في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد كما مر (فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا) وفيه نظر لانه قد تقدم في قول أبي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن أن يجاب عنه أنا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون متنوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز أن يكون متنوعا وعيبا والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لاشتباههما لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانت نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس الانواع هذا والله أعلم بالصواب

ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق) بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها (وقيل لا يصدق) لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل

مع انه لا يصدق في صورة القرض اذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به (ووجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن التعامل بالجياد) يعني أن المتعارف في التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف الى المتعارف (فانصرف مطلقه) اي مطلق القرض (اليها) أي الى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا تقبل دعوى الزيافة لانها رجوع عما أقر به (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض) أي لو أرسل ولم يبين الجهة وادعى انها زيوف (قيل يصدق بالاجماع) يعني اذا وصل (لان اسم الدراهم يتناولها) أي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد (وقيل لا يصدق) قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير أي لا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل وأما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل فحاصل المعنى وقيل هو على الاختلاف السابق أيضا كما صرحوا به (لان مطلق الاقرار) بالدين (ينصرف الى العقود) أي الى الالزام بسبب العقود (لتعينها مشروعة) أي لكونها هي المشروعة (لا الى الاستهلاك المحرم) أي لا ينصرف الى الالزام بسبب الاستهلاك المحرم اذ لا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء قال في الفتاوى الصغرى ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني) أي أودعني ألفا (ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها (لان الانسان يغصب ما يجد و يودع ما يملك فلا مقتضى له) أي لواحد من الغصب والايداع (ولا تعامل) بخلاف البيع فان عقد البيع يقتضيها أي الجياد أي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار بغصب الالف أو ايداعها تغييرا لاول كلامه (فيكون بيان النوع فيصح وان فصل) قال صاحب العناية وفيه نظر لانه قد تقدم

(قال المصنف وقيل الى قوله ينصرف الى العقود الخ) أقول أي عند أبي حنيفة وصل أم فصل وعندهما يصدق اذا وصل لانه بيان تغيير ثم أقول يشبه أن يكون القول الاول لمحمد والثاني لابي يوسف كما مر في مسئلة ابهام الاقرار المحمل في الورق السابق (قوله في الجهة الموجبة لها) أقول أي للوصوف وأنث الضمير بتأويل كون ذلك الموصوف دراهم وما يشبهها (قوله والا كانت نوعا) أقول أي متنوعا (قوله لما اقتضتها تقيدت بها) أقول يعني لما اقتضت السلامة تقيدت بالسلامة (قوله فلا يمكن أن تكون الزيادة نوعا منها) أقول فيه شئ الا أن يراد بالضمير الراجع اليها السليمة على طريق الاستخدام

ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق

في قول أبي حنيفة بأن الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط لانه انما يلزم من كون الزيافة عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا أو بيانا مغيرا ان لم يتناول أول كلام المقر المعيوب وغير المعيوب على السواء بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد امامن جهة تحقق المقتضى كما في البيع أو التعامل كما في القرض واذ قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا التعامل بها في الغصب والايداع تعين تناول أول كلام المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما أقر به أصلا ولا بيانا مغيرا في شيء بل كان بيان النوع قطعا وقال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بانا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون متنوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز أن يكون متنوعا وعيبا والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تنافيها لتنافي التضاد فكانت عيبا لانه ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما لاحتمال الجنس الانواع هذا انتهى كلامه أقول هذا كلام خال عن التحصيل أما أولا فلان الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة أصلا اذ هي أمر عارض للدراهم تخلو عنها الدراهم في أصل خلقتها وانما التي قد يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الحنطة كما مر وهي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى لخلط ذلك ههنا وأما ثانيا فلان ما ذكره في الضابط من أن الجهة الموجبة للدراهم ان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا ليس بمعقول المعنى لان كون الزيافة في الدراهم عيبا أمر مقرر غير تابع لاقتضاء الجهة الموجبة لها السلامة وانما تأثير اقتضائها السلامة عند أبي حنيفة في اخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكورة في تلك الجهة لا في جعلها معيوبة وكذلك في كون الزيافة نوعا أي متنوعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة بل الزيافة كالجودة متنوعة على كل حال فان الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الجهة السلامة أم لا وأما ثالثا فلانه ان أراد بقوله واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم انهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا فهو ممنوع بل الزيافة عيب على كل حال وكونها نوعا لا ينافي كونها عيبا فان كون بعض الانواع معيوبا بالنسبة الى البعض الآخر ليس بعزيز وانما لا تكون عيبا لو كانت في أصل خلقة الدراهم وليست كذلك وان أراد بذلك أنهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم وان كانت الزيافة عيبا أيضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره أصلا كما لا يخفى على الفطن قال المصنف (ولهذا) أي ولاجل أن لا مقتضى له في الجياد ولا تعامل (لو جاء راد المغصوب) وهو الغاصب (والوديعة) أي وراد الوديعة وهو المودع (بالمعيب) متعلق بجاء أي لو جاء رادهما بالمعيب (كان القول له) أي للراد فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضمينا كان أو أمينا (وعن أبي يوسف انه لا يصدق فيه) أي في الغصب لا في الوديعة كما صرح به (مفصولا) أي اذا ادعى الزيافة مفصولا (اعتبارا بالقرض) أي قياسا عليه (اذ القبض فيهما) أي في الغصب والقرض (هو الموجب للضمان) يعني أن الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض وجوابه يفهم مما تقرر تدبر (ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق) هذه

(قوله ولهذا) أي ولاجل أن لا مقتضى له في الجياد لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان أو أمينا وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما ولو أقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة أو رصاص موصولا صدق

المسئلة

لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل (وان قال فى هذا كله ألفا ثم قال الا أنه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظى كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) لان الغصب لا يختص بالسليم (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن وان قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن)

المسئلة مما ذكروه فى شروح الجامع الصغير تفريعا على المسئلة المارة قال الامام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد وان قال هى ستوقة أو رصاص صدق ان وصل ولم يصدق اذا فصل يعنى فى الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من جنسها صورة فصار ارادتها باسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة واذا بين انه أراد باللفظ المجاز موصولا قبل والا فلا انتهى وعلل المصنف هذه المسئلة بما علل به الامام الاسبيجابى فقال (لان الستوقة ليست من جنس الدراهم) أى ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها فى باب الصرف والسلم (لكن الاسم) أى اسم الدراهم (يتناولها) أى يتناول الستوقة (مجازا) للمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة (فكان بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول كلامه لان أول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة وبآخر كلامه بين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة (فلا بد من الوصل) لان بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بخلاف ما سبق لان الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس فى بيانه تغيير لاول كلامه فصح موصولا ومفصولا (وان قال فى هذا كله) أى فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والايداع (ألفا ثم قال الا أنه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف فى تعليلها (لان هذا استثناء المقدار) أى استثناء لبعض ما أقر به من المقدار (والاستثناء يصح موصولا) لا مفصولا فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (بخلاف الزيافة لانه وصف) أى لان الزيافة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف (واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو) أى الاستثناء (تصرف لفظى كما بينا) فيما مر فيصح فى متناول اللفظ دون غيره (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام) أى لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس أو أخذ السعال أو ما أشبه ذلك (فهو واصل) أى هو فى حكم الواصل حتى يصح استثناؤه (لعدم امكان الاحتراز عنه) لان الانسان قد يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء فى آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا قال فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ولو فصل بينهما بفصل بطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل فعن أبى يوسف أنه يصح استثناؤه وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر أن يتكلم به بنفس واحد فجعل ذلك عفوا انتهى كلامه وقال الكاكى فى معراج الدراية وبه قال الائمة الثلاثة يعنى مالكا والشافعى وأحمد رحمهم الله تعالى (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لان الغصب لا يختص بالسليم) فان الانسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أم فصل (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال) أى المقر له (لا بل أخذتها غصبا فهو) أى المقر (ضامن) يعنى كان القول فى هذه المسئلة قول المقر له مع يمينه فالمقر ضامن الا أن ينكل المقر له عن اليمين (وان قال أعطيتنيها وديعة فقال) أى المقر له (لا بل غصبتنيها لم يضمن) أى لم يضمن المقر فى هذه

لان الستوقة ليست من جنس الدراهم كما مر لكن كلامه يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل (ولو قال فى هذا كله) يعنى المذكور من البيع والقرض والغصب (ألفا الا أنه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء مقدار) وقد تقدم بيانه (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل) لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء فى آخره ولا يمكن أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه قال (ومن أقر بغصب ثوب) هذه تقدم وجهها أن الغصب لا يختص بالسليم (قوله ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم) المقر اما أن يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله أخذت وشبهه أو على فعل غيره كأعطيت فان كان الاول وأتى بما لا يوجب الضمان نحو أن يقول أخذت وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهما فى الاولى توافقا على أن الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثانى نحو أن يقول أعطيتنى وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن

(قال المصنف بخلاف الزيادة لانه وصف الخ) أقول فى بعض ما ذكروه والبيع والقرض وانما قلنا ذلك لما سبق آنفا من أنه فى الغصب والوديعة بيان النوع فينبغى أن يصح الاستثناء فتأمل

والفرق أن فى الفصل الاول أقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفى الثانى أضاف الفعل الى غيره وذاك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض فى هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة

المسئلة بل كان القول قوله مع يمينه وهاتان المسئلتان من مسائل الجامع الصغير قال المصنف (والفرق بينهما (ان فى الفصل الاول) وهو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة (أقر بسبب الضمان وهو الاخذ) لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها ليكون المثل قائما مقام الاصل (ثم ادعى) أى ثم ادعى المقر بقوله وديعة (ما يبرئه) عن الضمان (وهو الاذن) بالاخذ (والآخر) وهو المقر له (ينكره) أى ينكر الاذن (فيكون القول له مع اليمين) هذا ما قالوا أقول فيه بحث لانهم ان أرادوا أن الاخذ مطلقا سبب الضمان فهو ممنوع بل الاخذ اذا كان باذن المالك كاخذ الوديعة باذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان كما استدلوا به فى كتاب الوديعة على أن الوديعة أمانة فى يد المودع اذا هلكت لم يضمن فيكون ما أخذنه اليد بهذا الطريق مخصوصا عن قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد وان أرادوا أن الاخذ بغير اذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ولكن لا نسلم أن فى الفصل الاول أقر بالاخذ بغير الاذن بل أقر بالاخذ المقيد بكونه وديعة وهو الاخذ بالاذن فتأمل فى الجواب قال فى الكفاية فان قيل ينبغى أن يصدق المقر ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان على ألف وديعة قلنا صدر الكلام ههنا موجب الغصب فلا يحتمل الوديعة فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام وأما قوله لفلان على ألف يحتمل الوديعة يعنى على حفظه فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا لا انتهى أقول فى الجواب بحث اذ لا نسلم أن صدر الكلام ههنا موجب الغصب كيف وسيجىء فى كتاب الغصب أن الغصب فى اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ولا ريب أن صدر الكلام ههنا وهو قوله أخذت منك ألف درهم أعم من كل واحد من معنيى الغصب ومن المقرر أن العام لا يدل على الخاص باحدى الدلالات الثلاث فأنى يكون موجب الغصب وكأن صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما فى الكفاية من السؤال والجواب كذا قيل وفيه نوع تأمل (وفى الثانى) أى وفى الفصل الثانى وهو قوله أعطيتنيها وديعة (أضاف الفعل الى غيره) وهو المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان (وذاك) أى ذاك الغير (يدعى عليه) أى على المقر (سبب الضمان وهو الغصب) والمقر ينكره (فكان القول لمنكره مع اليمين) قال المصنف (والقبض فى هذا) أى فى الحكم المذكور (كالاخذ) يعنى لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامنا كما لو قال أخذت منك ألف درهم وديعة (والدفع كالاعطاء) يعنى لو قال المقر دفعت الى ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها لم يضمن كما لو قال أعطيتنيها (فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه) أى الى المقر (لا يكون الا بقبضه) فكان الاقرار بالاعطاء والدفع اقرارا بالقبض واذا أقر بالقبض يضمن فينبغى أن يضمن اذا أقر بالاعطاء والدفع أيضا (فنقول) فى الجواب لا نسلم أن الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه بل (قد يكون) كل واحد من الاعطاء والدفع (بالتخلية والوضع بين يديه) بدون قبضه فلم يقتض الاقرار بهما الاقرار بالقبض (ولو اقتضى ذلك) أى ولئن سلمنا أنه اقتضى ذلك (فالمقتضى ثابت ضرورة) والثابت بالضرورة

والفرق انه فى الاول أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وأنكره الخصم فكان القول قوله وفى الثانى ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه لكنه ضرورى

فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان أقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا (وان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه يأخذها) لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها أو قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب) وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان

يثبت بادنى ما يندفع به الضرورة (فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان) لعدم الحاجة اليه قال المصنف (وهذا) أي وهذا الذي قلنا من ضمان المقر بالاخذ وديعة اذا قال المقر له أخذتها غصبا (بخلاف ما) أي ملابس بخلاف ما (اذا قال) أي المقر (أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان أقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك) أي فيما اذا قال المقر له أخذتها قرضا (على أن الاخذ كان بالاذن) لان الاخذ بالقرض لا يكون الا بالاذن كالاخذ بالوديعة (الا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر) ذلك فكان القول للمنكر (فافترقا) أي فافترق ما اذا قال المقر له أخذتها غصبا وما اذا قال أخذتها قرضا أقول ههنا نظر لان الذي يدعيه المقر انما هو ما يبرئه عن الضمان كما صرح به في المسئلة الاولى وليس ذلك هو الاذن المطلق فان كثيرا مما يحصل بالاذن كالبيع والقرض ونظائرهما أسباب موجبة للضمان فلا يتصور أن تكون مبرئة عن الضمان بل انما ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة ولا شك أن المقر له لا يوافقه على الاخذ بهذا الاذن المخصوص والا لما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض وأما توافقهما على مطلق الاذن فلا يجدي نفعا في الفرق لان ادعاء المقر ما يبرئه عن الضمان وهو الاذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة وانكار المقر له اياه بقوله لا باقيان بعينهما فيما اذا قال المقر له بل أخذتها قرضا غاية الامر أن المقر له أيضا يدعي سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره واذا تعارض دعواهما وانكارهما بقي اقرار المقر أولا بسبب الضمان وهو الاخذ سالما عن الدافع كما فيما اذا قال المقر له بل أخذتها غصبا فلم يفترقا افتراقا يوجب اختلاف الحكم تأمل جدا (وان قال هذه الالف كانت لي وديعة عند فلان فاخذتها) منه (فقال فلان هي لي فانه) أي فان فلانا (يأخذها) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها (لانه) أي لان المقر (أقر باليد له) أي لفلان وفي الكافي وأقر بالاخذ منه والسبيل في الاخذ الرد على المأخوذ منه (وادعى استحقاقها عليه) أي ادعى استحقاقه الالف على فلان بقوله كانت لي وديعة عند فلان (وهو ينكر والقول للمنكر) مع يمينه (ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها) على (أو قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده) على (وقال فلان كذبت) بل الدابة والثوب لي (فالقول له) أي للمقر (وهذا) أي كون القول قول المقر (عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب) وقول أبي حنيفة ههنا استحسان وقولهما قياس كذا قالوا في شروح الجامع الصغير واليه أشار المصنف بقوله (وهو القياس) أي قول أبي يوسف ومحمد هو القياس فيفهم منه أن قول أبي حنيفة هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد وجه القياس وجه الاستحسان ثم ان هذا كله اذا لم تكن الدابة أو الثوب معروفا للمقر أما اذا كان معروفا له كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سببا للاستحقاق عليه كذا في المبسوط والايضاح وذكر في الشروح (وعلى هذا الخلاف) أي على الخلاف المذكور آنفا (الاعارة والاسكان) بأن قال أعرت دابتي هذه فلانا فركبها ثم ردها على

فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر (قوله القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب) يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر أما اذا كان معروفا كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه

(ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقراراله باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر أن في الاجارة والاعارة والاسكان أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه

أو أعرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ثم رده على وبان قال أسكنت داري هذه فلانا ثم أخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لي (ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) احترز به عن قول بعضهم ان القول في هذا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة ولكن ذلك ليس بثابت في الاصول بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف أيضا قال المصنف (وجه القياس ما بيناه في الوديعة) أراد به قوله لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسائل (أن اليد في الاجارة والاعارة ضرورية) يعني أن اليد فيهما ليست بمقصودة بل هي ضرورية (تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عدما) أي فتكون اليد معدومة (فيما وراء الضرورة) فلا تظهر في حق الاستحقاق على المقر لان ما يثبت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة (ولا يكون) أي فلا يكون الاقرار بالاجارة والاعارة (اقراراله) أي للمقر له (باليد مطلقا) أي من كل وجه بل يكون اقراراله باليد لاجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه (بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة) فان المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد (والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به) أي بالايداع (اعترافا باليد للمودع) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن الاقرار بالايداع يكون اعترافا باليد للمودع مطلقا أي من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث قال فكان الاقرار بالوديعة اقرارا باليد للمقر له مطلقا فهو ممنوع اذ الايداع اثبات يد المحافظة دون اثبات يد الملك فكيف يكون الاقرار بالايداع اقرارا باليد مطلقا للمودع وان أريد أن الاقرار به يكون اعترافا بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يتم به التقريب كما لا يخفى (ووجه آخر) للاستحسان وهو الفرق (ان في الاجارة والاعارة والاسكان أقر بيد ثابتة من جهته) أي من جهة المقر (فيكون القول قوله في كيفيته) أي في كيفية ثبوت اليد له بأي طريق كان كما لو كان في يده عبد وقال هذا عبدي بعته من فلان ولم أسلمه اليه بعد فقال المقر له لا بل كان عبدي لم أشتره منك كان القول قول المقر دون المقر له لهذا المعنى كذا في النهاية ومعراج الدراية وكما لو قال ملكت عبدي هذا فلانا بألف درهم الا أني لم أقبض الثمن فلي حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه كذا في العناية وشرح تاج الشريعة أخذا من الاسرار (ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه) أي لان المقر (قال فيها كانت وديعة وقد تكون) أي الوديعة (من غير صنعه) كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت الريح فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفعها اليه صاحبه كذا في عامة الشروح أقول ههنا كلام أما أولا فلان ظاهر قول المصنف وقد يكون من غير صنعه ينافي ما ذكره في الوجه الاول من أن الايداع اثبات اليد قصدا الا أن اثبات اليد قصدا يقتضي الصنع فان قلت مراده أنها قد تكون من غير صنع المقر لا من غير صنع المودع وكون الايداع اثبات اليد

وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة وقوله (وجه القياس ما بيناه في الوديعة) أراد به قوله لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وقوله (فيكون القول قوله في كيفيته) أي في كيفية ثبوت اليد بأي طريق كان كما لو قال ملكت عبدي لك بألف درهم الا أني لم أقبض الثمن ولي حق الحبس كان القول قوله وان زعم الآخر خلافه وقوله (وقد يكون من غير صنعه) كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح وألقت ثوبا في دار انسان

(قال المصنف والايداع اثبات اليد) أقول قال الاتقاني يعني ثبوت الملك انتهى والأظهر أن يقال يعني في حق الحكم باليد للمقر له

حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة وأختاه لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار أيضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله

قصدا انما يقتضي صنع المودع فلا منافاة قلت فحينئذ يلزم ان لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح وذكر الثاني صاحب الكافي أيضا اذ لا صنع لاحد في ثبوت يد الملتقط في اللقطة وفي ثبوت يد صاحب الدار في الثوب الذي ألقته الريح في داره وأما ثانيا فلان تمثيل جمهور الشراح الوديعة ههنا بالمثالين المزبورين ينافي ما صرحوا به في أول كتاب الوديعة من أن الوديعة هي التسليط على الحفظ وذلك انما يكون بالعقد والقصد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد وقصد كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فألقته في بيت غيره ووجه المنافاة ظاهر (حتى لو قال) أي المقر (أودعتها كان) جواب هذه المسئلة أيضا (على هذا الخلاف) المذكور في مسائل الاجارة والاعارة والاسكان أقول بقي ههنا شيء وهو أن الفرق المذكور انما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الالف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لي وأما على ما ذكرت في الكتاب من قوله فان قال هذه الالف كانت لي وديعة عند فلان فيشكل ذلك اذ الظاهر أن لفظة لي تفيد ثبوت اليد من جهته فيؤول معنى قوله المذكور الى معنى قوله أودعتها عند فلان (وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه) أي عدم ذكر الاخذ (في الطرف الآخر وهو الاجارة وأختاه) أي الاعارة والاسكان قال في غاية البيان انما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة على تأويل العقد قلت وانما قال وأختاه ولم يقل وأخواه مع أن أحدهما وهو الاسكان كان مذكرا وفي مثل ذلك يغلب المذكر على المؤنث ولا يعكس اما على تأويلهما بالصورتين أو بالمسئلتين ومراد المصنف ههنا الرد على الامام القمي فيما ذكره من الفرق فانه قال انما وجب الرد في مسئلة الوديعة لانه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة وأختيها فردها علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة وأختيها أيضا واليه أشار بقوله (لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار أيضا) بقي وجه آخر للفرق ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وهو أن في الاجارة والاعارة لو أخذنا المؤجر والمعير باقرارهما امتنع الناس عن الاجارة والاعارة فلا يؤاخذان باقرارهما استحسانا كيلا تنقطع الاجارة والاعارة وأما في الوديعة فمنفعة الايداع تعود الى المالك فلو أخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع انتهى أقول يرد عليه أن يقال تعود المنفعة في الاجارة أيضا الى المالك وهو المؤجر لانها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها منفعة الاجرة الى المؤجر قطعا كما يعود في الايداع منفعة الحفظ الى المودع فلم يتم الفرق المذكور بالنظر الى مسئلة الاجارة وان تم بالنظر الى مسئلة الاعارة اللهم الا أن يقال منفعة الاجرة وان عادت في الاجارة الى المؤجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود الى المستأجر ولا يقدر المؤجر على الانتفاع بها مدة الاجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الايداع فانه نفع محض للمودع فافترقا في الجملة (وهذا) أي الذي ذكر في الاجارة وأختيها (بخلاف ما اذا قال اقتضيت) أي قبضت (من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله)

وقوله (وليس مدار الفرق) اشارة الى الرد على الامام القمي فيما ذكره أن الرد انما وجب في مسئلة الوديعة لانه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة وأختيها أي العارية والسكنى فردها علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة وأختيها أيضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب (وهذا) أي الذي ذكره في الاجارة وأختيها (بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له

(قال المصنف كان على هذا الخلاف) أقول على هذا الوجه بخلاف الاول كما لا يخفى (قوله على الامام القمي) أقول القمي بضم القاف هو علي بن موسى القمي تلميذ محمد بن شجاع البلخي وهو تلميذ حسن بن زياد وهو تلميذ أبي حنيفة وقم بلد معروف بالعراق

لان الديون تقضى بأمثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا ولو أقر أن فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله فى يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لى استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر لانه ما أقر له باليد وانما أقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك فى ملك فى يد المقر وصار كما اذا قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا فى يد المقر كذا هذا

أى قول المقر له (لان الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها (وذلك) أى قضاء الديون بأمثالها (انما يكون بقبض مضمون) أى بقبض مال مضمون يصير دينا على الدائن ثم يصير قصاصا بدينه على المديون (فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا) يعنى فى صورة الاجارة وأختيها (المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا) قال صاحب العناية فى تقرير هذا المقام لان الديون تقضى بأمثالها وذلك معلوم فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل هذا الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا يعنى فى صورة الاجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا وقال وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما فى المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع فى كلام المصنف بحسن التدبير ان شاء الله تعالى أقول لا يظهر لذى فطرة سليمة بتطبيق ما ذكره بما فى المتن وتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتأخير فى كلام المصنف بل يظهر له نوع اختلال فى كلام الشارح أما الاول فلان قوله فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المصنف فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضى تقديم ذاك تقديم هذا كيف ولو قدم هذا ووضع موضع ذاك فقيل لان الديون تقضى بأمثالها فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء فى فاذا أقر مثل ما تم فى تقديم ذاك يشهد بذلك كله الذوق الصحيح وأما الثانى فلانه علل قوله فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين بقوله لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ولا يخفى أن مفاد هذا التعليل أن الاقرار بالاقتضاء اقرار بسبب الضمان لان الاقرار باقتضاء الدين اقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى (ولو أقر أن فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله فى يد المقر) أى والحال أن ذلك كله فى يد المقر (فادعاها) أى فادعى الارض والدار والكرم (فلان) لنفسه (وقال المقر لا بل ذلك كله لى استعنت بك) على الزراعة أو البناء أو الغرس (ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال فى تعليلها (لانه) أى لان المقر (ما أقر له) أى لفلان (باليد وانما أقر بمجرد فعل منه) أى من فلان (وقد يكون ذلك) أى الفعل من الغير (فى يد المقر) يعنى أن الاقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لان العمل قد يكون من المعين والاجير والعين فى يد صاحبها (وصار) أى صار حكم هذا (كما اذا قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه) أى من الخياط (وقد يخيط ثوبا فى يد المقر كذا هذا) أى كذا حكم المسائل المذكورة قال فى النهاية تحصل من هذا كله أن جنس هذه المسائل

لان الديون تقضى بأمثالها وذلك معلوم فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل هذا الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا يعنى فى صورة الاجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما فى المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع فى كلام المصنف بحسن التدبير ان شاء الله تعالى وباقى كلامه لا يحتاج الى شرح

(قول المصنف وذلك انما يكون بقبض مضمون) أقول لعله من قبيل سيل مفعم ان كان التركيب توصيفيا ويجوز أن يكون اضافيا (قوله وعليك بتطبيق الى قوله بحسن التدبير) أقول فيه بحث

على ثلاثة أنواع ففي نوع منها كان القول قول المقر له بالاجماع وهو مسئلة الوديعة والاقراض
والاقتضاء وفي نوع منها كان القول قول المقر بالاجماع وهو مسئلة بيع العبد ومسئلة
زرع هذه الارض أو بناء هذه الدار ومسئلة خياطة الثوب بدون ذكر القبض
منه وفي نوع منها اختلفوا فيه فعند أبي حنيفة القول قول المقر كما في
النوع الثاني وعندهما القول قول المقر له كما في النوع الاول
وهو مسئلة [illegible] الاجارة والاعارة والاسكان وخياطة
الثوب مع ذكر القبض انتهى

﴿ تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله باب اقرار المريض ﴾

(فهرست الجزء السادس من شرح فتح القدير مع تكملته نتائج الافكار)

صحيفة

(تم فهرست فتح القدير)

(فهرست نتائج الافكار تكملة فتح القدير)

صحيفة

(تمت)